

A IDEIA DE QUE O ORDENAMENTO JUSCONSTITUCIONAL BRASILEIRO ABRAÇOU A TEORIA DA MONETIZAÇÃO DA SAÚDE DO TRABALHADOR É UMA FALÁCIA

Igor de Oliveira Zwicker

RESUMO: O presente estudo visa provocar uma reflexão (e desconstrução) sobre a afirmação de que a Constituição da República Federativa do Brasil, ao prever adicionais para trabalhos em condições insalubres, perigosas ou penosas, abraçou a teoria da monetização da saúde do trabalhador.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional do Trabalho; Dignidade humana; Atividades penosas, insalubres ou perigosas; Eliminação ou neutralização do agente agressivo; Adicional de remuneração.

SUMÁRIO: 1. Prolegômenos; 2. A “monetização” da saúde do trabalhador; 3. A verdade sobre a proteção da saúde do trabalhador; 3.1. A contribuição de Claus-Wilhelm Canaris; 3.2. A perspectiva humana na Constituição republicana de 1988; 3.3. A legislação sobre higiene, saúde, segurança e medicina do trabalho; 4. Conclusão; 5. Referências.

1 PROLEGÔMENOS

O presente estudo reflete sobre uma afirmação que já se tornou “lugar comum” no âmbito da ciência juslaboral, que é o da “monetização” da saúde do trabalhador, inclusive por força da própria Constituição da República – em suma, pela Carta consagrar, no rol de direitos mínimos conferidos aos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, um adicional de remuneração para atividades penosas, insalubres ou perigosas (artigo 7º, inciso XXIII, da Constituição da República).

A ideia deste artigo é, ao refletir sobre tal afirmação, desconstruí-la, demonstrando que se trata de uma falácia, um sofisma, um paralogismo, isto é, uma “argumentação ilegítima com aparência de legítima”, uma “argumentação que, por partir de premissas tidas como verdadeiras, parece estar conforme as regras formais do raciocínio e que, por isso, não se sabe como refutá-la” (DINIZ, 2005:504).

Ao final, concluo que se trata de uma falácia porque, nessa operação silogística,



Igor de Oliveira Zwicker

Mestrando em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia, aprovado em 1º lugar geral; Bacharel em Direito e Especialista em Gestão de Serviços Públicos pela Universidade da Amazônia; Especialista em Economia do Trabalho e Sindicalismo pela Universidade de Campinas; Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes; Analista Judiciário (Área Judiciária) e Assessor Jurídico-Administrativo do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região;

parte-se de uma premissa verdadeira (de fato, a Constituição da República prevê um adicional de remuneração para atividades penosas, insalubres e perigosas), mas se conclui com uma premissa falsa – a de que a Constituição da República “monetizou” a saúde do trabalhador ou, minimamente, permitiu que isso acontecesse.

2 A “MONETIZAÇÃO” DA SAÚDE DO TRABALHADOR

Como dito, a Constituição da República diz que é direito dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, um adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei, consoante artigo 7º, inciso XXIII.

Não há registros nas Constituições que antecederam a de 1988 (1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967) sobre norma específica como o artigo 7º, inciso XXIII, da atual Constituição, à exceção da Constituição promulgada de 1946, que previa, no artigo 157, inciso VIII, o estabelecimento de preceitos de “higiene e segurança do trabalho”, e da Constituição outorgada de 1967, que repetiu o texto (MALLETT, 2013:597).

Posso citar diversos autores que, partindo desta premissa – verdadeira –, parecem concluir no sentido de existir um conteúdo jusconstitucional de “monetização” da saúde do trabalhador, isto é, ao invés da proteção e da prevenção, o ordenamento jurídico brasileiro priorizou o pagamento de uma vantagem pecuniária em troca da precarização da saúde humana com a exposição a agentes insalubres, perigosos ou penosos – ou, pelo menos, foi *minimamente* **permissivo** ou **condescendente** quanto a isto.

Vejamos algumas passagens, em sede doutrinária:

Barros e Alencar (2017:695):

É muito criticada a solução adotada no Brasil de compensar com remuneração adicional (monetização do risco) o trabalho em condições insalubres, perigosas ou penosas. Afirma-se que o procedimento implica venda da saúde do trabalhador e sugere-se a redução da jornada com maior período de descanso.

Cesário (2017:143):

Vale dizer que o fenômeno legislativo da monetização da saúde do trabalhador atende por completo à lógica capitalista, estando em perfeita harmonia com as suas pilastras ideológicas básicas, já que o suposto pagamento dos adicionais, sempre mais barato e conveniente do que a tomada de medidas aptas à promoção do equilíbrio ambiental trabalhista, mascara a realidade de tal forma, a ponto de os empregados não questionarem o mal a que estão expostos. Eis aí o que o presente trabalho chama de engodo juslaboral originário, que nada mais é do que a opção pragmática de se remeter para um plano remoto o estabelecimento de obrigações laborais de adequação ambiental, a fim de privilegiar indiscriminadamente o pagamento de adicionais econômicos que nada contribuem para a preservação da saúde dos trabalhadores, gerando no inconsciente destes uma falsa sensação de proteção.

Oliveira (2017:91):

Historicamente a discussão a respeito

da saúde do trabalhador no Brasil sempre esteve centrada em dois pilares: o primeiro voltado para a monetização dos riscos, traduzida na concessão de adicionais remuneratórios para compensar condições de trabalho adversas e, o segundo, direcionado para conceder direitos reparatórios ou da infortunistica às vítimas dos acidentes do trabalho ou das doenças ocupacionais.

Destaquei “em sede doutrinária” acima porque, mesmo em sede jurisprudencial, temos decisões que fazem essa operação silogística. Por amostragem, posso citar como *precedente* do Superior Tribunal de Justiça o Recurso Especial n. 1.400.637/RS, Órgão Julgador: Segunda Turma, Relator: Ministro Humberto Martins, Data do Julgamento: 17/11/2015, Data da Publicação/Fonte: DJe 24/11/2015, assim ementado:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. AGENTES PENITENCIÁRIOS. CUMULAÇÃO DE GRATIFICAÇÃO DE COMPENSAÇÃO ORGÂNICA COM ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. IMPOSSIBILIDADE. LAUDO PERICIAL. EFEITOS CONSTITUTIVOS.

1. No recurso especial, alega o Sindicato que o acórdão recorrido se equivocou ao definir como gratificações de mesma natureza o adicional de insalubridade com a gratificação de compensação orgânica, violando os arts. 61, inc. IV, e 68, § 1º, ambos da Lei 8.112/90. Aponta negativa de vigência dos arts. 125, § 1º, e 126, parágrafo único, inc. III, da Lei 11.907/09, pois os agentes penitenciários federais têm direito ao adicional de insalubridade desde o início de suas atividades e não desde o laudo técnico que comprove

as condições de trabalho do servidor, como entendeu o acórdão recorrido.

2. A matéria sob debate reside em saber se os agentes penitenciários federais fazem jus à percepção do adicional de insalubridade, tendo como marco inicial a data em que cada um passou a exercer as atividades do cargo e se esse adicional pode ser percebido cumulativamente com a gratificação de compensação orgânica.

3. Com efeito, o adicional de insalubridade é vantagem pecuniária de natureza transitória e propter laborem, sendo devido ao servidor apenas quando este efetivamente for exposto aos agentes nocivos à saúde de maneira que, quando cessam os motivos que lhe dão causa, as mesmas não podem mais ser percebidas pelo servidor.

4. Tanto o adicional de insalubridade como a gratificação de compensação orgânica guardam a mesma natureza jurídica, uma vez que têm como escopo compensar o trabalhador em risco no desempenho de suas atividades. São rubricas cujo intuito do legislador foi de aumentar a remuneração do trabalhador para compensar o maior desgaste da saúde física (teoria da monetização da saúde do trabalhador).

5. A jurisprudência do STJ é no sentido de que o pagamento do pretendido adicional de insalubridade está condicionado ao laudo que prova efetivamente as condições insalubres a que estão submetidos os servidores, assim, não cabe seu pagamento pelo período que antecedeu a perícia e a formalização do laudo comprobatório, devendo ser afastada a possibilidade de presumir-se insalubridade em épocas passadas, emprestando-se efeitos retroativos a laudo pericial atual. Recurso especial improvido.

(negritei)

No corpo do voto, o Superior Tribunal de Justiça é ainda mais incisivo e contundente, ao sugerir que a “monetização” da saúde do trabalhador se inclui na *mens* constitucional:

Forçoso concluir que tanto o adicional de insalubridade como a gratificação de compensação orgânica guardam a mesma natureza jurídica, uma vez que têm como escopo compensar o trabalho em risco no desempenho de suas atividades. **O legislador brasileiro optou por aumentar a remuneração para compensar o maior desgaste do trabalhador (teoria da monetização da saúde do trabalhador).** (destaques meus)

E não é apenas o Superior Tribunal de Justiça que conta com tais precedentes. Dentro do Tribunal Superior do Trabalho, órgão máximo da Justiça do Trabalho, na forma do artigo 111 da Constituição da República – de onde, presume-se, existam decisões que sejam mais sensíveis às disparidades entre o capital e o trabalho, considerando-se a decisão constitucional de manter uma Justiça Especializada para tais julgamentos (artigo 114 da Constituição da República) –, **o cenário é o mesmo.**

Cito como *precedente*, por amostragem, o **recém-decidi**do processo n. TST-ARR-20872-43.2014.5.04.0023, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 8/2/2017, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/2/2017, no qual se consignou o seguinte:

Cediço que a proteção do trabalhador em face do labor executado em condições adversas à saúde e à segurança alçou patamar constitucional a partir de 1988. O art. 7º da Constituição Federal, como

se recorda, ao enumerar os direitos sociais dos trabalhadores urbanos e rurais, garantiu a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” (inciso XXII), e, também, o pagamento de “adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei” (inciso XXIII).

Em consequência, as normas de proteção ao empregado pelo labor prestado em condições mais gravosas à saúde e à segurança deverão pautar-se sempre nos preceitos insculpidos no art. 7º, XXII e XXIII, da Constituição Federal: de um lado, a partir do estabelecimento de um meio ambiente do trabalho equilibrado; de outro lado, mediante retribuição pecuniária com vistas a “compensar” os efeitos nocivos decorrentes da incontornável necessidade de exposição do empregado, em determinadas atividades, a agentes nocivos à sua saúde e segurança. É o que alguns chamam de “**monetização do risco**”.

Críticas à parte, o pagamento de adicionais “compensatórios” de labor em condições adversas à saúde e à segurança do empregado constitui **mecanismo inerente ao processo produtivo próprio das sociedades capitalistas** e, no caso do Brasil, **legitimamente reconhecido na Constituição Federal.** (destaques meus)

3 A VERDADE SOBRE A PROTEÇÃO DA SAÚDE DO TRABALHADOR

3.1 A contribuição de Claus-Wilhelm Canaris

O jurista alemão Claus-Wilhelm Canaris,

nascido em 1937, professor emérito e sucessor de Karl Larenz na cátedra de Direito Privado, Comercial, Trabalhista e de Filosofia do Direito na Universidade Ludwig Maximilian de Munique, na Alemanha, pensou o ordenamento a partir de regramento de justiça, de natureza valorativa, de modo que o sistema a ele (ao ordenamento) correspondente só pode ser **uma ordenação axiológica ou teleológica** – na qual o sentido teleológico não é utilizado no sentido estrito de pura conexão de meios aos fins, mas no sentido mais lato de cada realização de escopos e de valores.

Canaris define o sistema como uma ordem teleológica de **princípios gerais de Direito**. O sistema, como unidade de sentido, compartilha de uma ordem jurídica concreta no seu modo de ser: é dinâmica, e não estática.

O autor afirma que a metodologia jurídica parte, nos seus postulados, da existência fundamental da unidade do Direito, como se comprova, por exemplo, pela regra da interpretação sistemática ou pela pesquisa dos princípios gerais de Direito (bases principiológicas e axiológicas para a definição das competências).

Para o jurista alemão, o pensamento sistemático radica, de fato, imediatamente, na ideia de Direito (como um conjunto dos valores jurídicos mais elevados). O papel do conceito de sistema é o de traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica.

Sendo o ordenamento, de acordo com a regra da justiça, de natureza **valorativa**, assim também o sistema a ele correspondente só pode ser uma ordenação axiológica ou teleológica, o que gera o questionamento de uma forma de sistema jurídico além daquele lógico-formal proposto por Hans Kelsen, ou seja, a possibilidade de exercer racionalmente

a jurisprudência, no seu âmbito decisivo, é de natureza valorativa e, por isso, também o sistema jurídico assume essa peculiaridade valorativa, ou teleológica.

Para Treviso (2012:54), com arrimo na doutrina de Canaris, o ordenamento jurídico é “um conjunto, ordenado e coordenado de normas jurídicas. O sistema a ele correspondente é uma ordenação axiológica ou teleológica (ou seja, destinado à realização dos escopos e de valores) deste complexo de normas jurídicas”. Com efeito, o sistema “**não é, por definição, justamente mais do que a captação racional da adequação de conexões de valorações jurídicas**” (CANARIS, 2002:71).

Existe um fenômeno, mormente no campo das decisões judiciais, de constante superação, pelo juiz, da vontade do legislador pela **vontade axiológica do sistema**, cuja viabilidade somente é possível após a superação do positivismo jurídico da subsunção formal do fato à norma e interação dialética entre o ordenamento e o magistrado, através do modelo da ponderação ou da axiológica hierarquização dos valores existentes em nosso sistema. (FREITAS, 2004:26)

Sobre a vontade axiológica do sistema, Canaris (2002:76-78) diz o seguinte:

Na descoberta do sistema teleológico, não se pode ficar pelas “decisões de conflitos” e dos valores *singulares*, antes se devendo avançar até os valores *fundamentais* mais profundos, portanto até aos *princípios gerais* duma ordem jurídica; trata-se, assim, de apurar, por detrás da lei e da *ratio legis*, a *ratio iuris* determinante. Pois só assim podem os valores singulares libertar-se do seu isolamento aparente e reconduzir-se à procurada conexão “orgânica” e só assim se obtém aquele grau de generalização sobre o qual a *unidade* da ordem jurídica, no

sistema acima caracterizado, se torna perceptível. **O sistema deixa-se, assim, definir como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais do direito, na qual o elemento de adequação valorativa se dirige mais à característica de ordem teleológica e o da unidade interna à característica dos princípios gerais.** (negritei)

Sendo o ordenamento **do tipo dinâmico**, o sistema é **aberto**, cuja missão é fazer visível e mostrar a conexão inerente ao ordenamento jurídico *como um todo sentido*. O sistema interno, enquanto aberto, é sempre inacabado e inacabável, uma vez que os fatos, os valores e as normas encontram-se em uma mudança permanente. (LARENZ, 2009:478-481)

O fato social, em si, é mutável:

O ordenamento jurídico deve ser visualizado como um sistema, no que diz respeito ao enquadramento das normas num conjunto dotado de coerência e harmonia, o que não significa concluir que ele seja hermético e circular, bastando-se em si mesmo. (GÓES, 2006:74)

O sistema é do tipo aberto e, com efeito, deve interagir, necessariamente, com outros sistemas, tais como os de ordem econômica, política, social etc., para que se tenha uma otimização de interpretação das normas jurídicas, sob pena de engessamento da lei, diante da velocidade dos acontecimentos fáticos na sociedade. (GÓES, 2006:75-76)

3.2 A perspectiva humana na Constituição republicana de 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, batizada de “Carta Cidadã”, foi

revolucionária¹. Diferentemente da Carta de Lei de 25 de março de 1824 – que mandou observar a Constituição Política do Império, oferecida e jurada por Sua Majestade o Imperador –, das Constituições da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, 1934, 1937 e 1946 e da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1967 (seja em seu texto originário, seja com as modificações trazidas pela Emenda Constitucional n. 1/1969), a Constituição promulgada em 5 de outubro de 1988 fez uma **opção** e quis mostrar, desde o início do seu texto, ideais e valores **supremos** que devem bem delinear e formatar a concepção jurídica de Estado Democrático de Direito, visto “não como uma aposição de conceitos, mas sob um conteúdo próprio onde estão presentes as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social” (STRECK; MORAIS, 2013:113).

Nesse diapasão, o texto constitucional de 1988, já em seu Título I – que capitaneia o **bloco de constitucionalidade** –, traz aqueles que serão seus **princípios fundamentais**. A importância dos direitos sociais é inquestionável (têm relevo, em especial, os artigos 1º, incisos II, III e IV, 3º, incisos I, III e IV, e 4º, incisos II e IX): seja na própria razão de existir da República Federativa do Brasil, fundada na cidadania, na dignidade humana, nos valores sociais do trabalho e nos valores sociais da livre iniciativa; seja em seus objetivos fundamentais, de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, erradicação

1 Revolucionária, mas tardia, como é a tradição brasileira. Basta lembrar que Georg Jellinek (1851-1911), ao comentar a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* (França, 1789), em compasso com outros atos constitucionais da época, disse o seguinte: “Em todas essas Constituições, a declaração de direitos ocupa o primeiro lugar. Somente em segundo lugar vem juntar-se o plano ou o quadro de governo.” (JELLINEK, 2015:95).

da pobreza e da marginalização, redução das desigualdades sociais e regionais e promoção do bem de todos; seja no reconhecimento, em **nível global**, da prevalência dos direitos humanos e do dever de cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

Os **direitos sociais** têm relevo, em sua essência, nos artigos 6º e seguintes da Constituição da República – com o registro de que, por fazerem parte do Capítulo II do Título I, são considerados, tal qual os direitos e deveres individuais e coletivos (Capítulo I), previstos no artigo 5º, **direitos e garantias fundamentais**, de aplicação imediata, na forma do artigo 5º, § 1º, que faz referência ao texto expresso no Título I, e não no Capítulo I, que inaugura o artigo 5º, “de tal sorte que todas as categorias de direitos fundamentais estão sujeitas, em princípio, ao mesmo regime jurídico” (SARLET, 2013:514-515).

Sobre a qualidade do direito social como um direito eminentemente **humano**, a demandar proteção do Estado, observa Balera (1989:17) que “o constituinte coloca, pois, a **proteção social** como um dos direitos humanos cuja garantia é a própria Lei Maior”.

Ainda quanto à sua proteção, os direitos sociais têm em seu favor o **princípio da vedação ao retrocesso social**, bem explicitado na cabeça do artigo 7º da Constituição da República, “a coibir medidas de cunho retrocessivo” que “venham a desconstituir ou afetar gravemente o grau de concretização já atribuído a determinado direito fundamental (e social), o que equivaleria a uma violação à própria Constituição Federal” (SARLET, 2013:542-543).

Porém, a simples **vedação ao retrocesso social** não satisfaz a Carta Cidadã, considerada a necessidade premente da vida, de se **caminhar para frente**, de **evoluir**, de **agir**, de tornar **efetiva** a promessa constitucional uma sociedade livre,

justa e solidária. Nesse sentido, a Constituição consagra autêntica “cláusula de avanço social” (ZWICKER, 2015:152), quando elenca, no artigo 7º, direitos **mínimos** (rol não taxativo, *numerus apertus*, meramente exemplificativo) dos trabalhadores urbanos e rurais, **além de outros que visem à melhoria de sua condição social**.

Segundo Leal (2015), a Constituição da República é “um documento cujas bases foram fincadas no amanhã” e “é [um] projeto de esperança, não de medo[;] simboliza uma perspectiva de felicidade, não de dor ou sofrimento.” Para o Supremo Tribunal Federal, em reiterados julgamentos **passados** – friso o “passado” em consideração às atuais ideias desenvolvidas no âmbito da Suprema Corte, vinculadas a teorias de justiça de cunho liberal –, registrou que “o princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive”.²

Essa também é a ideologia consagrada no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Decreto n. 591/1992, que ostenta posição hierárquico-normativa de **supralegalidade** no ordenamento jurídico brasileiro, consoante iterativa, atual e notória jurisprudência do Supremo Tribunal Federal³,

2 Supremo Tribunal Federal, ARE n. 639.337 AgR/SP (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo), 2ª Turma, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 23/8/2011, DJe de 15/9/2011; no mesmo sentido, Supremo Tribunal Federal, RE n. 581.352 AgR/AM (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário), 2ª Turma, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 29/10/2013, DJe de 22/11/2013.

3 Neste sentido, consultar os Recursos Extraordinários n. 349.703/RS e 466.343/SP e os *Habeas Corpus* n. 87.585/TO e 92.566/SP e, ainda, o Informativo n. 531 do Supremo Tribunal Federal.

e seu Protocolo Adicional (Protocolo de São Salvador), que traz a ideia de **progressividade** dos direitos sociais.

Com a introdução do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no ordenamento jusconstitucional interno, “o Brasil se comprometeu a implementar, progressivamente e com o máximo de seus recursos disponíveis, os direitos ligados à igualdade”. Ainda com relação a essa noção de **progressividade**, “extrai-se a vedação do retrocesso, como um vetor dinâmico e unidirecional positivo, que impede a redução do patamar de tutela já conferido à pessoa humana”. (BONNA, 2008:60)

3.3 A legislação sobre higiene, saúde, segurança e medicina do trabalho

De início, devo registrar que, utilizando-me como **parâmetro** a Lei Complementar n. 95/1998, que traz balizas seguras sobre a ordem lógica das disposições normativas, concluo de antemão que, **por si só** – e sem sequer se precisar recorrer a outros normativos –, o artigo 7º, inciso XXIII, da Constituição da República não quis dizer o que se costumeiramente se interpreta.

Com efeito, segundo o *caput* do artigo 59 da Constituição da República, o processo legislativo compreende a elaboração de emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções. O parágrafo único deste artigo diz que lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

Nesse diapasão, a Lei Complementar n. 95/1998 dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme

determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona.

Segundo o *caput* do artigo 11, as disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, devendo ser observado, para a obtenção de ordem lógica (inciso III), o seguinte: a) reunir sob as categorias de agregação – subseção, seção, capítulo, título e livro – apenas as disposições relacionadas com o objeto da lei; **b) restringir o conteúdo de cada artigo da lei a um único assunto ou princípio**; c) expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no *caput* do artigo e as exceções à regra por este estabelecida; d) promover as **discriminações e enumerações** por meio dos incisos, alíneas e itens.

Ora, o inciso XXIII está subordinado ao *caput* e não sobrevive, no mundo jurídico, sozinho, sem a necessária leitura a partir da cabeça do artigo. Por outro lado, o conteúdo do artigo 7º se restringe a uma única base principiológica: **a previsão de um rol mínimo de direitos** (rol não taxativo, *numerus apertus*, meramente exemplificativo), além de outros que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores, ou seja, o vetor normativo impõe um **status negativo**, consubstanciado no princípio da vedação ao retrocesso social, e um **status positivo**, que se consubstancia na cláusula de avanço social.

Dito isso, não há como se interpretar o artigo 7º, inciso XXIII, da Constituição da República como um intuito do Poder Constituinte originário em “monetizar” a saúde do trabalhador, priorizando o pagamento de adicionais em troca da degradação da condição humana.

Esta é uma primeira premissa. Mas não é

só.

As centenas de normativos que tratam de higiene, saúde, segurança e medicina do trabalho seguem corolário à **promessa constitucional** de que todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, nele compreendido o do trabalho, **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 – neste sentido, temos a aplicação combinada dos artigos 200, inciso VIII, e 225 da Constituição da República.

Outrossim, identificamos o ápice constitucional no art. 7º, XXII, da Constituição da República – imediatamente *anterior* ao inciso XXIII, inclusive –, para o qual é direito dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: a **redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança**, premissa que consagra o **princípio do risco mínimo regressivo** e, corolário a este, o **princípio da retenção do risco na fonte**.

Pelo primeiro princípio, temos que “a exposição aos agentes nocivos deverá ser a mínima possível e, mesmo assim, com o passar do tempo deverá reduzir progressivamente em direção ao risco zero”; o segundo “indica que o risco deve ser controlado desde a sua origem, evitando que o agente nocivo possa propagar a ponto de atingir a integridade do trabalhador” (OLIVEIRA, 2017:95).

Vejam que a ideia constitucional – e a construção doutrinária em torno do artigo 7º, inciso XXII, da Constituição da República – está alinhada à **ideia universal de trabalho digno**, o que se visualiza dos normativos expedidos pelos maiores organismos internacionais do mundo, representativos da matéria: a Declaração Universal dos Direitos Humanos,

maior documento histórico de direitos humanos do pós-Guerra, garante a todo ser humano um trabalho que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana (artigo XXIII, item 3); a Declaração de Filadélfia, Anexo da Constituição da Organização Internacional do Trabalho, reafirma **princípios fundamentais** sobre os quais repousa a Organização, dentre os quais (artigo I, alíneas “a”, “c” e “d”) a premissa de que trabalho não é mercadoria; a penúria, seja onde for, constitui um perigo para a prosperidade geral; e a luta contra a carência, em qualquer nação, deve ser conduzida com **infatigável energia**.

A Convenção n. 155 da Organização Internacional do Trabalho, aprovada na 67ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra, 1981), entrou em vigor no plano internacional em 11/8/1983; foi aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 2, de 17/3/1992, do Congresso Nacional; ratificada em 18 de maio de 1992; promulgada pelo Decreto n. 1.254, de 29/9/1994; sua vigência, em âmbito nacional, deu-se em 18 de maio de 1993.

A Convenção n. 155 da Organização Internacional do Trabalho, assim como todas as outras convenções da Organização – por serem tratados de direitos humanos não aprovados pelo quórum qualificado do artigo 5º, § 3º, da Constituição da República –, ostenta posição hierárquico-normativa de **supralegalidade** no ordenamento jusconstitucional brasileiro, consoante iterativa, atual e notória jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁴,

4 Neste sentido, consultar os Recursos Extraordinários n. 349.703/RS e 466.343/SP e os *Habeas Corpus* n. 87.585/TO e 92.566/SP e, ainda, o Informativo n. 531 do Supremo Tribunal Federal.

como dito.

Segundo artigo 4, item 2, consubstancia-se **princípio** a ser seguido pela **política nacional** a prevenção de acidentes e danos à saúde que forem consequência do trabalho ou tenham relação com a atividade de trabalho ou se apresentarem durante o trabalho, reduzindo-se ao **mínimo**, na medida que for razoável e possível, as **causas** dos riscos inerentes ao meio ambiente de trabalho (natureza preventiva, portanto). Pelo artigo 8, o Brasil deve adotar, por via legislativo ou regulamentar ou por qualquer outro método de acordo com as condições e a prática nacionais, e em consulta com as organizações representativas de empregadores e de trabalhadores interessadas, as medidas necessárias para tornar efetivo o artigo 4 citado.

O artigo 11 da Convenção n. 155 da Organização Internacional do Trabalho impõe a realização **progressiva** de tarefas – a reiterar, mais uma vez, a ideia de **progressividade (e o não retrocesso)** dos direitos sociais fundamentais.

Segundo a Consolidação das Leis do Trabalho, a **primeira obrigação empresarial**, dentro da matéria higiene, saúde, segurança e medicina do trabalho, é “cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho” (artigo 157, inciso I, da CLT).

O artigo 191 da Consolidação das Leis do Trabalho, ao tratar da eliminação ou a neutralização da insalubridade, impõe como **medida prioritária e primeira** a adoção de medidas que conservem o ambiente de trabalho dentro dos limites de tolerância e, somente na impossibilidade técnico-científica disto, e de forma **subsidiária**, fornecer equipamentos de proteção individual aos trabalhadores, que diminuam a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância.

Vejam: o próprio fornecimento do

equipamento de proteção individual é medida de cunho **subsidiário**, a ser tomada na **impossibilidade** de total eliminação ou neutralização de agentes insalubres. Nesse sentido, a Súmula n. 289 do Tribunal Superior do Trabalho diz que “o simples fornecimento do aparelho de proteção pelo empregador não o exime do pagamento do adicional de insalubridade”, cabendo-lhe “tomar as medidas que conduzam à diminuição ou eliminação da nocividade, entre as quais as relativas ao uso efetivo do equipamento pelo empregado”.

Os adicionais devidos aos empregados, em razão da exposição a agentes insalubres, perigosos ou penosos, é **absolutamente circunstancial**, na medida em que o artigo 194 da Consolidação das Leis do Trabalho prevê que o direito do empregado ao adicional de insalubridade ou de periculosidade **cessará** com a eliminação do risco à sua saúde ou integridade física.

Trata-se de um **salário-condição**, de natureza condicionada, “seu pagamento vincula-se à manutenção das condições insalubres, perigosas ou penosas, não constituindo direito de integração definitiva à remuneração. Cessada a fonte do risco, (...) estanca-se o direito ao adicional.” (MALLET, 2013:598)

O pagamento do adicional, seja ele qual for, **não desobriga o empregador de adotar todas as medidas tendentes a eliminar a insalubridade ou a condição perigosa**. Em caso de omissão, verificada lesão à integridade física do empregado, pode nascer obrigação de indenizar o dano, inclusive aquele de caráter exclusivamente moral. Em tese, é concebível até mesmo responsabilidade de natureza penal, presentes os pressupostos específicos dos diferentes tipos relacionados com a tutela da vida e da integridade

física. Presentes condições de risco, passíveis de eliminação, segundo o conhecimento técnico e científico disponível, admite-se interdição no estabelecimento, máquina ou equipamento, conforme art. 161 da CLT. (MALLET, 2013:598) (destaques meus)

A Norma Regulamentadora n. 1, do Ministério do Trabalho, traz a mesma sistemática da Consolidação das Leis do Trabalho, ao impor ao empregador (item 7), como primazia, cumprir e fazer cumprir as disposições legais e regulamentares sobre segurança e medicina do trabalho.

A Norma Regulamentadora n. 6, do Ministério do Trabalho, igualmente sustenta a premissa celetista de fornecimento de equipamentos de proteção individual de forma **subsidiária** – neste ponto, é ainda mais enfática: o fornecimento de equipamento de proteção individual somente deve ocorrer sempre que **medidas de ordem geral** não ofereçam **completa proteção** contra os riscos de acidentes do trabalho ou de doenças profissionais e do trabalho (item 3), sendo esta, portanto, a primeira postura a ser exigida do empregador: a postura prevencionista, com o agir voltado à completa proteção dos empregados (e que segue, portanto, a ideologia constitucional do risco mínimo regressivo e da retenção do risco na fonte).

Nesse contexto de ideias, é correta a afirmação de que

a monetização dos direitos sociais, e do direito do trabalho em particular, sofreu ingente abalo a partir de quando se sucederam as constituições dos estados de direito democrático, as quais inseriram as expectativas positivas de saúde, educação,

existência digna e trabalho decente, que a tudo provia, entre os direitos humanos cuja constitucionalização os fazia convertidos em direitos fundamentais. A democracia, como conceito até então formal ou atrelado aos direitos de liberdade e participação, ganhou um significado novo e rico em conteúdo moral ou substancial, pois seria democrático apenas o estado que garantisse a prestação de direitos sociais e ambientais indispensáveis à consecução do projeto humanitário. (CARVALHO, 2016:290)

Portanto, não há nenhuma antinomia constitucional no conteúdo jusconstitucional de proteção à higiene, saúde, segurança e medicina do trabalho, diante da previsão de adicionais em retribuição a atividades de cunho insalubre, perigoso ou penoso; tais adicionais são transitórios, condicionais – salário-condição –, que só têm razão de existir se, tomadas todas as providências para a total eliminação ou neutralização dos agentes agressivos, ainda assim, por motivos técnico-científicos, os trabalhadores tiverem que estar em contato com tais agentes. A *mens* constitucional não foi a de criar um “plus” salarial e sim a de retribuir o trabalhador em uma situação absolutamente excepcional.

Neste sentido, as palavras de Carvalho (2016:57):

Também não se pode permitir que subsista atividade econômica sem o cumprimento das medidas de prevenção contra o adoecimento funcional ou o acidente de trabalho típico, cabendo sempre a exigência de proteção contra os riscos conhecidos e de precaução quanto aos riscos prováveis. A incidência dos princípios do direito ambiental não mais permite que se prestigie apenas a monetização

dos danos ao ambiente de trabalho, pagando-se, por exemplo, adicional de insalubridade enquanto se assiste, passivamente, à sujeição do empregado a condições de trabalho nocivas à sua saúde e à intangibilidade de seu direito à vida, acima dos limites de tolerância. O princípio do poluidor-pagador impede, ademais, que se exonere o empregador da sua obrigação de prevenir ou reparar a lesão ao empregado a pretexto de ser elevado o custo de tal prevenção ou indenização. Quem polui, paga. **Não se justifica a atividade produtiva que serve ao aviltamento da condição humana.** (negrito meu)

No âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, em que pese existam precedentes que sustentem a teoria da monetização da saúde dos trabalhadores, dos seus próprios julgados é possível extrair-se luzes regionais, isto é, decisões de Tribunais Regionais do Trabalho transcritas no corpo dos acórdãos e que caminham em sentido diverso.

Trago algumas referências – que nos alertam, inclusive, para o perigo de um sistema de precedentes engessado, como se pretende na atual sistemática jusprocessual, considerando a sensibilidade nos julgamentos conduzidos em âmbito regional, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, e que se perdem nas decisões em massa proferidas em âmbito nacional, no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho:

No estágio atual pós-positivista do Estado Democrático de Direito, considerando os avanços do Direito Ambiental do Trabalho, atualmente, com princípios próprios, em se tratando de lide que versa sobre o meio ambiente do trabalho, não basta a subsunção dos fatos aos arts. 192, 193, 194 e 195 da CLT e tampouco

às normas regulamentadoras. Há dispositivos na Lei Fundamental que devem dialogar ativamente com os preceitos legais mencionados, como os arts. 7º, XII e 225. Assim, enaltece-se legalidade substancial, com norte na concretização dos princípios constitucionais e, em essência, a valorização da dignidade da pessoa humana. Enfim, neste momento político e jurídico singular é imperioso afastar qualquer interpretação reducionista dos direitos fundamentais sociais com desdobramentos à proteção da saúde obreira, mesmo sob a visão inversa de sua monetização. – **decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região (Pará e Amapá)**, transcrita no TST-RR-11466-54.2013.5.08.0206, Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 28/9/2016, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 30/9/2016.

Esse raciocínio mais se robustece diante do contido no inciso XXII do art. 7º do texto constitucional (redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança). Nesse sentido, saúde não se vende e a monetização dos riscos é medida insuficiente para a prevenção de doenças e acidentes no trabalho. Mais efetivas são medidas preventivas, destinadas a assegurar o ideário da preservação da dignidade da pessoa humana e do avanço que deve permear as relações de trabalho. – **decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (Minas Gerais)**, transcrita no TST-RR-11204-46.2015.5.03.0183, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 29/3/2017, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/3/2017.

Os adicionais de insalubridade e periculosidade foram instituídos

na legislação brasileira em 1936 e 1955 (Lei 185 de 14.01.1936 e Lei 2.573/55), respectivamente. Através da instituição dessas compensações financeiras, implantou-se o fenômeno conhecido como “monetização” ou “monetarização” do risco, cujo simbolismo é altamente negativo, de “compra e venda da saúde”. No entanto, avançou e adquiriu sofisticação no ordenamento jurídico nacional. Porém, não responde mais à moderna e imperiosa necessidade de redução – porque eliminação é impossível – dos riscos. Assim, impor ao trabalhador exposto a duas condições danosas à sua saúde e integridade física, uma escolha baseada em critérios monetários, é uma simplificação, para não dizer uma iniquidade. – **decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (Rio Grande do Sul)**, transcrita no TST-ARR-108600-53.2009.5.04.0232, Relatora Ministra: Delaíde Miranda Arantes, Data de Julgamento: 14/3/2017, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/3/2017.

Em relação à fixação do quantum indenizatório, é sabido que tal tarefa não se mostra simples, pois a mensuração do sofrimento tem alta carga de subjetividade. Além disso, a monetização de toda e qualquer ação humana pode transformar a saúde e a higidez física e mental dos empregados em simples itens de consumo dentro da engrenagem empresarial. – **decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (Minas Gerais)**, transcrita no TST-AIRR-10168-74.2015.5.03.0051, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 29/3/2017, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/3/2017.

4 CONCLUSÃO

Como vimos no início deste artigo, há substrato doutrinário-jurisprudencial suficiente que induz à conclusão de que, em razão da existência do artigo 7º, inciso XXIII, da Constituição da República, que previu adicionais de remuneração para atividades insalubres, perigosas ou penosas, o ordenamento jusconstitucional chancelou a “monetização” da saúde do trabalhador, isto é, ao invés da proteção e da prevenção, o ordenamento jurídico brasileiro priorizou o pagamento de uma vantagem pecuniária em troca da precarização da saúde humana com a exposição a agentes insalubres, perigosos ou penosos – ou, pelo menos, foi *minimamente* permissivo ou condescendente quanto a isto.

Como vimos, trata-se de uma **falácia**, seja porque o inciso XXIII está subordinado à cabeça do artigo 7º da Constituição da República, seja porque nosso ordenamento é do tipo dinâmico e de sistema aberto, devendo existir coerência no ordenamento jusconstitucional como um todo sentido, em uma ordenação axiológica ou teleológica voltada à realização de escopos e de valores que conduzem a uma premissa maior – de resguardo e proteção à dignidade humana.

Nesse diapasão, a Carta Cidadã sustenta um rol mínimo (não taxativo, *numerus apertus*, meramente exemplificativo) de direitos sociais fundamentais, além de outros que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores, ou seja, o vetor normativo impõe um status negativo, consubstanciado no princípio da vedação ao retrocesso social, e um status positivo, que se consubstancia na cláusula de avanço social.

A promessa constitucional de que todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, nele compreendido o do trabalho, 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 encontra ressonância não apenas no seu próprio conteúdo (interpretação sistemática e íntegra da Carta) como é fruto da ideia universal de trabalho digno (Declaração Universal dos Direitos Humanos; Declaração de Filadélfia, Anexo da Constituição da Organização Internacional do Trabalho; Convenção n. 155 da Organização Internacional do Trabalho etc.) e consubstancia vetor orientador a todo o ordenamento infraconstitucional, que incorpora esse espírito na Consolidação das Leis do Trabalho e nas Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho.

Assim, o pagamento de adicionais de remuneração para compensar a exposição a agentes insalubres, perigosos e penosos – salários-condição –, não desobrigam o empregador de adotar todas as medidas possíveis e tendentes a eliminar ou neutralizar a insalubridade ou a condição perigosa, sendo admitida a exposição aos agentes agressivos apenas em caso de impossibilidade de neutralização ou eliminação total do risco – e ainda assim, a conduta empresarial deve orientar-se a manter um meio ambiente do trabalho minimamente inseguro.

Como visto, não se justifica, a partir do ordenamento jusconstitucional brasileiro, cuja ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme ditames de justiça social (artigo 170 da Constituição da República), que a atividade produtiva sirva de instrumento de aviltamento da condição humana.

5 REFERÊNCIAS

BALERA, Wagner. **A seguridade social na**

Constituição de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

BARROS, Alice Monteiro de; ALENCAR, Jessé Claudio Franco de. **Curso de Direito do Trabalho.** 11 ed. São Paulo: LTr, 2017.

BONNA, Aline Paula. **A vedação do retrocesso social como limite à flexibilização das normas trabalhistas brasileiras.** In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, v. 47, n. 77, p. 51-66, jan./jun. 2008.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.** 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CARVALHO, Augusto César Leite de. **Direito do Trabalho: curso e discurso.** São Paulo: LTr, 2016.

CESÁRIO, João Humberto. **Prevenção, precaução e responsabilidade objetiva: elementos de redução dos riscos inerentes ao trabalho.** In: FELICIANO, Guilherme Guimarães; URIAS, João; MARANHÃO, Ney (coords.). **Direito ambiental do trabalho: apontamentos para uma teoria geral.** São Paulo: LTr, 2017. Vol. 3.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico.** 2. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2005. Vol. 4, Q-Z.

FREITAS, Juarez de. **A interpretação sistemática do Direito.** São Paulo: Malheiros, 2004.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Termos jurídicos indeterminados: interpretação ou discricionariedade judicial? Ênfase dos princípios jurídicos.** In: LOTUFO, Renan (org.). **Sistema e tópica interpretação do Direito.** Barueri: Manole, 2006.

JELLINEK, Georg. **A declaração dos direitos do homem e do cidadão**: contribuição para a história do direito constitucional moderno [trad. Emerson Garcia]. São Paulo: Atlas, 2015.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. Barcelona: Ariel, 2009.

LEAL, Saul Tourinho. **Um ministro gay para preencher a vaga no STF**. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/fio-da-meada/3846482/um-ministro-gay-para-preencher-vaga-no-stf>>. Acesso em: 2 abr. 2017.

MALLET, Estêvão. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. Saraiva/Almedina: São Paulo/Portugal, 2013.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Fundamentos da tutela labor-ambiental**. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães; URIAS, João; MARANHÃO, Ney (coords.). **Direito ambiental do trabalho: apontamentos para uma teoria geral**. São Paulo: LTr, 2017. Vol. 3.

SARLET, Ingo Wolfgang. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. Saraiva/Almedina: São Paulo/Portugal, 2013.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. Saraiva/Almedina: São Paulo/Portugal, 2013.

TREVISIO, Marco Aurélio Marsiglia. **A competência da justiça do trabalho, a incapacidade laborativa do trabalhador e o restabelecimento de benefícios**

previdenciários. São Paulo: LTr, 2012.

ZWICKER, Igor de Oliveira. **Súmulas, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos do TST**. São Paulo: LTr,