

O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: PROTEÇÃO DO TRABALHADOR À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E SUA ANTINOMIA COM O INCENTIVO À MONETIZAÇÃO DO RISCO.

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH: PROTECTION OF WORKERS IN THE LIGHT OF THE 1988 CONSTITUTION AND ITS ANTINOMY WITH THE INCENTIVE TO MONETIZE RISK.

Beatriz Caputo Weiss Xavier¹

RESUMO

O objetivo geral desta pesquisa é debater a importância do Direito Constitucional no âmbito trabalhista, no que tange ao direito fundamental à saúde, inerente a todos os cidadãos, e, portanto, aos trabalhadores. Ademais, destaca-se também a relevância de tal tema para o constitucionalismo, tendo em vista a transdisciplinaridade e a eficácia limitada de algumas normas da Constituição de 1988, que delegam a regulamentação para normas infraconstitucionais, como a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). E fica o questionamento, até que ponto vivemos um liberalismo em que se pode “comprar” ou valorar o risco à saúde ou à vida de um ser humano? Não seria uma forma de renúncia ao direito constitucional dito como fundamental e, portanto, irrenunciável?

PALAVRAS-CHAVE: Direito do Trabalho. Direitos fundamentais. Direito à saúde. Proteção. Monetização do risco.

ABSTRACT

The general objective of this research is to debate the importance of Constitutional Law in the labor sphere, with regard to the fundamental right to health, inherent to all citizens, and, therefore, to workers. In addition, the relevance of this theme for constitutionalism is also highlighted, in view of the transdisciplinarity and limited effectiveness of some rules of the 1988 Constitution, which delegate the regulation for infraconstitutional rules, such as the Consolidation of Labor Laws (CLT). And the question remains, to what extent do we live a liberalism in which one can “buy” or value the risk to the health or life of a human being? Is it

¹ Advogada. Mestranda em Direito pela UCP. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela PUCRS. Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas Vianna Júnior.
Endereço eletrônico: beatrizcaputowx@gmail.com

not a form of renouncing the constitutional right that is said to be fundamental and, therefore, irrevocable?

KEYWORDS: Labor Law. Fundamental Rights. Right to health. Protection. Monetization of risk.

INTRODUÇÃO

Analizando as primeiras Constituições brasileiras, ainda no século XIX percebe-se que as cartas não faziam menção aos direitos dos trabalhadores. E somente a partir do Estado Novo as Constituições brasileiras passaram a prever tais normas, assim como prescreviam direitos previdenciários, condições mais humanas de trabalho e salários que garantissem o mínimo existencial ao trabalhador. Especialmente com o advento da Constituição de 1988, a chamada Constituição Cidadã, a disciplina dos direitos fundamentais foi consolidada.

Acertados os conceitos e as visões gerais sobre os direitos trabalhistas na história constitucional brasileira, aprofundando mais sobre o tema, tem-se que o constituinte de 1988 determinou a proteção à saúde do empregado no artigo 7º da nossa Lei Maior. Neste dispositivo, estabeleceu-se a redução dos riscos inerentes ao trabalho, com implementação de normas de eficácia limitada ao dizer que isto se faria por meio de leis especiais sobre saúde, higiene e segurança; além de especificar que uma lei infraconstitucional versaria sobre os adicionais de penosidade, periculosidade e insalubridade.

Isso demonstra uma boa intenção em determinar que o legislador efetue normas protetoras às condições de trabalho, o que já foi implementado no Capítulo V da CLT, cuja denominação é “Medicina e segurança do trabalho”, e tratava, desde 1943, da dignidade do trabalhador, sua saúde, higiene, segurança e medicina do trabalho. Alterado inicialmente pela Lei 6.514 de 1977, voltou a sofrer modificações em 1989 e novamente em 2015, resta demonstrada a importância de tal ponto, consequentemente a necessidade de atualizações de acordo com a evolução das demandas da sociedade, bem como as adequações as circunstâncias de realização do trabalho.

Entretanto, o ponto principal desta análise é acerca do fato de a Carta Magna, primeiro, determinar a redução dos riscos do trabalho e, logo em seguida, determinar uma compensação para o desgaste trazido pelo trabalho insalubre, ou seja, prejudicial à saúde,

optando pela *monetização do risco*². Isto quer dizer que ao invés de proibir trabalhos nocivos à saúde dos empregados, ou reduzir a duração da jornada de trabalho, o legislador escolheu incentivar os trabalhadores a aceitarem tais condições em troca de um acréscimo salarial. Está estabelecido então um problema jurídico, econômico e social gerado pela redação constitucional.

O questionamento é se um direito constitucional, tratado como fundamental e irrenunciável pode ser mensurado e valorado pelo empregador para que alguém se submeta a laborar nestas funções.

O tema a ser desenvolvido pode ser visto como um problema jurídico, social, econômico e até cultural que aflige a sociedade como um todo. Trata-se de reconhecer o meio ambiente do trabalho como direito fundamental, bem como relacioná-lo com a saúde do trabalhador, o bem-estar e sua qualidade de vida.

Portanto, é de extrema importância debater sobre os assuntos apresentados, o conceito, a premissa dos direitos fundamentais e sociais, o surgimento dos direitos trabalhistas nas Constituições, principalmente na Lei vigente, para sugerir políticas públicas a serem adotadas pelos governantes de garantia de direitos dos trabalhadores.

1 A CONSTRUÇÃO HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL DO DIREITO À SAÚDE DO TRABALHADOR NO BRASIL

A Constituição é a Lei Maior de um país, têm como objetivo organizar o Estado, limitar os poderes, definir as diretrizes da vida econômica e social e determinar os direitos e deveres dos cidadãos.

Essas leis se diferenciam umas das outras pela forma como foram aprovadas e passam a vigorar no Estado. As outorgadas são aquelas impostas pelo governante, e é “dada” ao povo, já as promulgadas ou dogmáticas resultam do voto popular, ou seja, é colocada em plenário aos representantes, e se aprovada, entra em vigor.

Historicamente o Brasil teve sete Constituições, dentre estas promulgadas e outorgadas. Para melhor compreensão do tema, faz-se necessária uma análise sobre o histórico destas Constituições, bem como a evolução Constitucional dos direitos sociais. Iniciando do

² “Aumentar a remuneração para compensar o maior desgaste do trabalhador”. Conceito trazido por Sebastião Geraldo de Oliveira, em seu livro “Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador” (p. 136-137, 2001)

texto outorgado por Dom Pedro I, em 1824 no Brasil Império até a promulgação da Constituição Cidadã em 1988, já na República Federativa do Brasil.

1.1 As Constituições do Século XIX

O primeiro Texto foi outorgado por Dom Pedro I, ainda no período do Brasil Império, em 1824. Dentre as normas regulamentadas por esta Constituição, não foi citado nenhum direito trabalhista, apenas versava sobre os direitos civis e políticos dos cidadãos.

A Constituição Imperial sofreu influência da Revolução Francesa e determinou que não poderia haver nenhuma proibição sobre gêneros de trabalho, bem como nenhum órgão deveria intervir entre os trabalhadores e o Estado, por isso aboliu as Corporações de Ofício, que futuramente deram origem aos sindicatos.

Em 15 de novembro de 1889 foi Proclamada a República no Brasil, o que deu origem a necessidade de rever a Carta Magna, então em fevereiro de 1891 foi promulgada a primeira Constituição da República. Mantendo referência limitada do texto anterior, a Constituição da República dos Estados Unidos do *Brazil* trazia em seu texto pouca referência aos direitos sociais e trabalhistas.

1.2 As Constituições da República (1934, 1937, 1946 e 1967)

Após a crise econômica de 1929, surgiram movimentos sociais empenhados em pedir a intervenção estatal na economia, nos Estados Unidos da América com a teoria Keynesiana, e no Brasil Getúlio Vargas interveio com a Revolução de 1930. Sua principal proposta foi a elaboração de uma nova Constituição, deixando para trás a República Velha e sua democracia liberal, e instituindo uma democracia social.

A Promulgação do novo Texto veio em 1934, iniciando o período chamado Segunda República, restou clara uma intenção do legislador em ressaltar os direitos sociais dos cidadãos, dentre estes, direitos trabalhistas, principalmente sobre as condições de trabalho, salário mínimo, a vedação de discriminações salariais e o sistema sindical. Estava, então, em vigor a primeira Constituição Social brasileira.

A Promulgação do novo Texto veio em 1934, iniciando o período chamado Segunda República, restou clara uma intenção do legislador em ressaltar os direitos sociais dos cidadãos, dentre estes, direitos trabalhistas, principalmente sobre as condições de trabalho,

salário mínimo, a vedação de discriminações salariais e o sistema sindical. No contexto de saúde do trabalhador, o constituinte determinava assistência médica e higiênica ao trabalhador, bem como adicional noturno. Estava, então, em vigor a primeira Constituição Social brasileira.

Por ter se tratado de um governo totalitário, a Constituição de 1937 também teve curta duração e com a redemocratização e retorno ao liberalismo após o fim da Segunda Guerra Mundial, se fez necessária uma nova reforma constitucional, o que ocorreu em 1946.

Getúlio Vargas foi deposto em 1945 e foi o fim do Estado Novo, foi convocada nova Assembleia Constituinte, que promulgou então uma nova Constituição em 18 de setembro de 1946, retomando os direitos sociais trabalhistas da Carta de 1934, e incorporando a Justiça do Trabalho ao Poder Judiciário.

O governo militar teve início no ano de 1964, e alterou a ordem nacional presente até então; e em janeiro 1967 foi aprovada uma Nova Constituição da República Federativa do Brasil.

Não podemos afirmar que foi outorgada, tendo em vista que não foi arbitrada pelo governante, mas votada pelo Congresso Nacional, e se autoproclamou promulgada. Entretanto, não pode ser considerada promulgada, em razão da intervenção militar no cenário nacional.

Os direitos dos trabalhadores e da previdência conquistados anteriormente foram mantidos no âmbito da ordem econômica e social.

1.3 A Constituição Cidadã - Constituição da República Federativa do Brasil (1988)

A da década de 1970, iniciou-se um processo de redemocratização no país, para que em 1985 fosse decretado o fim do governo militar no Brasil, e a convocação de eleições diretas. Em 1986 foi eleito um Congresso constituinte, com o objetivo de elaborar um novo texto constitucional, democrático, libertário e social, a nova Constituição foi aprovada em 5 de outubro de 1988, a chamada Constituição cidadã, vigente até dos dias atuais.

Promulgada e publicada no Diário Oficial da União nº 191-A, a Constituição de 1988 veio para instituir um Estado Democrático de Direito de fato, e assegurar os direitos fundamentais e sociais aos cidadãos. Direitos como de igualdade, liberdade, dignidade, inspirados na Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas.

Em seu art. 7º o constituinte determinou os direitos dos trabalhadores, considerando-os direitos sociais pela primeira vez. No que tange ao direito fundamental à saúde, foram trazidos os adicionais de insalubridade, periculosidade e penosidade, como normas de

eficácia limitada, ou seja, que devem ser estabelecidas posteriormente pelo legislador infraconstitucional.

A nova Carta Magna trouxe novidades como seguro-desemprego, piso salarial, irredutibilidade de salários, garantia de salário fixo, 13º salário, licença maternidade de 120 dias e licença paternidade de 5 dias, aviso prévio proporcional, adicionais de periculosidade e insalubridade, seguro acidente de trabalho, prescrição quinquenal e bienal, direitos trabalhistas ao empregado doméstico, salário mínimo, jornada semanal de 44 horas, adicional de 50% de horas extras, adicional de 1/3 nas férias e direito de greve, entre outros.

2 LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

A legislação ordinária trabalhista, tem como principal norma a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), além de outras leis específicas que asseguram os direitos dos trabalhadores, enquanto cidadãos e sujeitos de direito.

Alguns assuntos trazidos pela própria consolidação e determinados por leis especiais, são de extrema importância para compreendermos as garantias dos trabalhadores, como repouso semanal remunerado (Lei nº 605/1949), processo de dissídios coletivos (Lei nº 4.725/1965), trabalhador rural (Lei nº 5.889/1973), greve (Lei nº 7.783/1989), seguro-desemprego (Lei nº 7.998/1990), FGTS (Lei nº 8.036/1990), trabalhador menor (Lei nº 10.097/2000).

Destaca-se principalmente a Lei nº 13.467/2017, que alterou a CLT, a chamada Reforma Trabalhista, e trouxe novidades e alterou diversos pontos nas relações de trabalho e de emprego.

2.1 Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)

Com o fim do Estado Novo, e entrou em vigor o Decreto-Lei 5.452, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Em 1º de maio de 1943, passou a vigorar a CLT, que, nas palavras de Maurício Godinho Delgado (2016, p. 116-117): “alterou e ampliou a legislação trabalhista existente, assumindo desse modo, a natureza própria a um *código do trabalho*”. Pela primeira vez unificaram-se as leis trabalhistas, garantindo alguns direitos e certa dignidade aos trabalhadores, ao menos no plano legislativo.

A CLT em seu Capítulo V, Da Segurança e Medicina do Trabalho, denominado assim apenas em 1977, determinou como deveriam ser cumpridas as normas por parte das empresas e fazê-las serem cumpridas, e aos empregados, observar o cumprimento dessas normas; as medidas preventivas e a fiscalização do uso de Equipamentos de Proteção Individual (EPI), sempre visando assegurar a integridade e saúde dos empregados.

Ademais, o legislador determinou como devem ser as edificações, a iluminação, as temperaturas, instalações elétricas, as máquinas e equipamentos, para maior conforto dos empregados, de modo a prevenir acidentes e evitar possíveis transtornos. E principalmente, cumpre ressaltar que trouxe as normas sobre atividades insalubres e perigosas, como determinou o constituinte.

A Seção XIII deste Capítulo, versa sobre insalubridade e periculosidade, a primeira é descrita como atividades que expõem os empregados a agentes prejudiciais à saúde, e delegam a responsabilidade ao Ministério do Trabalho para determinar os limites de tolerância, por meio de NRs; como explicitado nos artigos a seguir:

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.

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.

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.

O legislador não determinou as atividades consideradas insalubres, apenas os adicionais devidos a cada grau de classificação, no artigo 192 da CLT:

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.

Quanto a periculosidade, o legislador determinou como atividades que implicam em risco ao trabalhador, mas diferentemente da insalubridade, determinou quais são essas atividades, são elas: inflamáveis, explosivos ou energia elétrica; atividades de segurança

pessoal ou patrimonial e em motocicleta. O adicional, se distingue também do supramencionado, é de 30% sobre o salário total, e independe de classificação em graus. Como está descrito nos artigos 193 e seguintes.

Art. 193. São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a:

I. Inflamáveis, explosivos ou energia elétrica;

II. Roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial.

§1º - O trabalho em condições de periculosidade assegura ao empregado um adicional de 30% (trinta por cento) sobre o salário sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa.

§2º - O empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido.

§3º - Serão descontados ou compensados do adicional outros da mesma natureza eventualmente já concedidos ao vigilante por meio de acordo coletivo.

§4º - São também consideradas perigosas as atividades de trabalhador e motocicleta.

Art. 194 – O direito do empregado ao adicional de insalubridade ou de periculosidade cessará com a eliminação do risco à sua saúde ou integridade física, nos termos desta Seção e das normas expedidas pelo Ministério do Trabalho.

Art.195 - A caracterização e a classificação da insalubridade e da periculosidade, segundo as normas do Ministério do Trabalho, far-se-ão através de perícia a cargo de Médico do Trabalho ou Engenheiro do Trabalho, registrados no Ministério do Trabalho.

A NR nº 15, também regulamentada pelo Ministério do Trabalho e do Emprego, versa sobre atividades e operações insalubres, determinando os limites de tolerância não especificados pelo legislador, como supra exposto. O Ministério do Trabalho determinou o limite aceitável de exposição a ruídos, exposição ao calor, frio, radiações ionizantes ou não, condições hiperbáricas (alta pressão), vibrações, umidade, agentes químicos, poeiras minerais e agentes biológicos. Além de confirmar a necessidade da perícia para análise da existência, neutralização ou eliminação das condições insalubres ou perigosas.

Fica explícito então as determinações do legislador, quanto a monetizar o risco apenas após a exposição dos empregados, não priorizando a neutralização ou eliminação dos riscos.

2.2 Reforma Trabalhista – Lei 13.467/2017

A Reforma Trabalhista se fez necessária para superar a crise econômica que o Brasil vinha passando desde 2015, como forma de garantir a empregabilidade e trazer segurança jurídica para as relações laborais. Trouxe novidades para flexibilização das normas trabalhistas,

como a normatização da terceirização, maior liberdade para negociações coletivas, conceituação de grupo econômico, horas *in itinere*, responsabilização do sócio por débitos trabalhistas, jornada máxima de 30 horas para contratos de tempo parcial, regime de 12x36, compensação de jornada e banco de horas, intervalo intrajornada, teletrabalho, entre outros.

Entretanto a Reforma tem recebido inúmeras críticas, como supressora dos direitos trabalhistas, não compreendendo a segurança jurídica e o estímulo a criação de novos empregos.

3 A MONETIZAÇÃO DO RISCO

O constituinte de 1988 foi o primeiro a arrolar os direitos trabalhistas e o direito ao trabalho no capítulo de direitos fundamentais sociais, artigo 7º, já mencionado anteriormente, bem como no artigo 1º, IV, enquanto fundamento da República. (STÜRMER, 2014) A concepção de monetização do risco, exposta claramente no inciso XXIII, do artigo 7º da Constituição Federal, determinando o aumento da remuneração para compensar o desgaste do trabalhador. (OLIVEIRA, 2001)

O fundamento vem do princípio trazido pela própria Lei Maior, a dignidade da pessoa humana, é solução para diversas demandas atuais, o que está evidenciado pela banalização desta norma principiológica, que para muitos se sobressai às regras legais (MATTIETTO, 2018). No caso apresentado, a argumentação será da aplicação da dignidade da pessoa humana, como sendo realmente necessária nesta hipótese.

O conceito de monetização do risco é trazido por Sebastião Geraldo de Oliveira, em seu livro “Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador”, como o incentivo ao aumento da remuneração para compensar o desgaste do trabalhador. O que demonstra a problemática de tal política, tendo em vista que estimula a precificação do risco que o trabalhador corre, e não a prevenção, redução ou eliminação desse risco.

Presente na Constituição de 1988 no art. 7º, XXIII, o constituinte determinou que o legislador criasse um adicional de remuneração para atividades penosas, insalubres e perigosas. O legislador infraconstitucional, então, determinou os adicionais nos artigos 192, *caput* e 193, §1º, ambos da CLT, não podendo ser cumulados, e caso a atividade exercida pelo empregado ofereça simultaneamente nocividade à saúde e risco ao trabalhador, o empregado poderá optar por qual adicional quer receber. Como explicitado nos artigos abaixo:

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.

Art. 193. São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a: (...)

§1º - O trabalho em condições de periculosidade assegura ao empregado um adicional de 30% (trinta por cento) sobre o salário sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa.

O conceito de monetização do risco, deixa subentendido que o empregado se coloca nesta situação por vontade própria, podendo optar por outras formas de trabalho mais seguras e sem risco iminente. Entretanto, não podemos chegar a essa conclusão, deve-se levar em conta a real situação social vivida pela maioria dos trabalhadores brasileiros, que precisam do trabalho para sustentar e alimentar sua família; e é cada vez mais difícil se inserir no mercado de trabalho cada vez mais inflado e exigente.

Cumprе ressaltar que a aposentadoria especial, oferecida aos trabalhadores pela nossa Previdência Social, também é mais um estímulo a essas formas de trabalhos arriscados. Após anos de trabalho nas condições insalubres ou perigosas, recebendo adicionais salariais para se submeterem a esse tipo de trabalho, ao se aposentarem, ainda receberão mais um adicional, um valor acima da aposentaria comum, e poderá se aposentar mais cedo, o que estimula ainda mais os empregados a renunciarem as condições de vida saudável. (OLIVEIRA, 2011)

Podemos concluir então que a monetização do risco é aceita no Brasil a partir do momento que se permite quantificar o risco corrido pelo trabalhador e revertê-lo em adicionais ao seu salário, como forma de compensação por se submeter a tais condições.

3.1 Enfoque Internacional

A saúde passou a ser considerada como direito fundamental com a aprovação da Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948, demonstrando a preocupação com a segurança dos trabalhadores e a criação e proteção dos direitos do trabalhador para o desenvolvimento de uma sociedade harmônica e segura.

Em países como Canadá, Holanda, Suíça, Paraguai, Portugal optaram por eliminar os riscos para saúde, em vez da utilização de equipamentos de proteção.

Na Hungria e no Irã a jornada máxima é de 6 horas diárias, além de ser proibido o trabalho extraordinário em condições insalubres, e é uma boa alternativa que deveria ser adotada como exemplo. (OLIVEIRA, 2011)

A monetização do risco vem sendo repelida por trabalhadores no mundo todo, o que acabou resultando em uma evolução legislativa, e excessiva normatização sobre proteção à saúde, com a redução das jornadas de trabalho, vedação de jornadas extraordinárias e aumento das férias.

O Brasil, em sentido contrário ao supra exposto, enxerga como impossível a eliminação dos agentes nocivos, e a única alternativa seria a compensação das agressões por adicionais, adotando a monetização do risco. Os empregados buscam essas atividades, muito em função dos valores monetários que recebem em troca, e se submetem aos riscos, para buscar esse benefício.

3.2 A monetização do risco no Direito brasileiro

No âmbito brasileiro, como já apresentado anteriormente, o legislador infraconstitucional adota a monetização do risco como alternativa para os riscos à saúde e à integridade física trazidos pelas formas perigosas, insalubres e penosas de trabalho. Definido nas palavras de Sebastião Geraldo de Oliveira: (p. 136-137, 2001)

O legislador adotou três estratégias básicas diante dos agentes agressivos: a) aumentar a remuneração para compensar o maior desgaste do trabalhador (monetização do risco); b) proibir o trabalho; c) reduzir a duração da jornada. A primeira alternativa é a mais cômoda e a menos inteligente; a segunda é a hipótese ideal, mas nem sempre possível, e a terceira representa o ponto de equilíbrio cada vez mais adotado.

O fundamento vem do princípio trazido pela própria Lei Maior, a dignidade da pessoa humana é solução para diversas demandas atuais, o que está evidenciado pela banalização desta norma principiológica que para muitos se sobressai às regras legais (MATTIETTO, 2018)

A Constituição Federal de 1988 traz dentre suas garantias o direito ao meio ambiente do trabalho equilibrado, como explicitado por Norma Sueli Padilha (2013):

O direito humano fundamental do trabalhador ao meio ambiente do trabalho equilibrado irradia seus efeitos no contrato do trabalho, e como norma de ordem pública, impõe ao empregador o compromisso com a sadia qualidade de vida de todos os trabalhadores no ambiente laboral, e com a sua proteção contra os riscos inerentes à atividade econômica, cabendo-lhe atuar por meio de práticas sustentáveis e de

equidade, priorizando práticas de precaução e a promoção do desenvolvimento sustentável em prol dos seus funcionários e da comunidade.

[...]

A mudança de paradigma constitucional reflete-se especialmente no que se refere à tutela jurídica nas atividades de risco, do acidente de trabalho, da afetação da saúde e da integridade física do trabalhador. A ocorrência, por exemplo, de acidente do trabalho, ou de qualquer afetação da saúde do trabalhador, quer no contexto individual ou coletivo, causados pela degradação do meio ambiente do trabalho e poluição labor-ambiental, atraem a eficácia irradiante de um direito fundamental, o equilíbrio do meio ambiente do trabalho, portanto amplia-se a tutela jurídica para além do direito do trabalho, pois se trata de dano ambiental, que impõe a aplicação do regime sistemático do direito constitucional ambiental, com a incidência de toda a sua base principiológica e seu regime de responsabilidades, que no caso trata-se da responsabilidade objetiva, o que significa um avanço para muito além de uma discussão superada e ineficaz de culpabilidade do trabalhador.

Há que se ressaltar que o direito ao equilíbrio do meio ambiente do trabalho, posto que um novo direito humano fundamental do trabalhador necessita de uma maior apreensão e compreensão por parte daqueles a quem cabe o dever de dar-lhe plena implementação, principalmente frente a uma realidade concreta, na qual os atores sociais envolvidos nas relações do trabalho ainda resistem ao cumprimento dos próprios direitos sociais clássicos de monetarização do risco (adicionais de insalubridade, periculosidade, noturno, de horas extras, etc.) e cujos conflitos acabam por exigir do Poder Judiciário do Trabalho uma atuação quase exclusiva em causas limitadas a expressões monetárias dos direitos sociais. E importa registrar, neste contexto de ampliação da proteção do ser humano trabalhador contra as formas de degradação de sua saúde no ambiente de trabalho, a contribuição significativa da jurisprudência da Justiça do Trabalho na efetivação do direito ao meio ambiente do trabalho, principalmente por meio de acórdãos emblemáticos do Tribunal Superior do Trabalho e Tribunais Regionais do Trabalho no julgamento de ações civis públicas envolvendo o meio ambiente do trabalho.

A CLT, como legislação infraconstitucional, regulamenta o que a Lei Maior determina, os adicionais às atividades insalubres e perigosas, não trazendo em seu texto a especificação para as atividades penosas. Além dos adicionais, temos também a aposentadoria especial, no âmbito previdenciário que pode ser considerada, também, monetização do risco.

O TRT da 4ª Região trouxe no seguinte julgado, um posicionamento sobre tais adicionais, em conformidade com a Convenção 155 da Organização Internacional do Trabalho (OIT):

TRT, 4ª Região, 2ª Turma, 0000259-24.2011.5.04.0761 RQ/RENEEC, em 19/04/2012, Juiz Convocado Raul Zoratto Sanvicente – Relator.

O pagamento de adicionais, em realidade, nem deveria existir, pois adotadas as medidas de proteção e prevenção adequadas, os ambientes de trabalho seriam sadios e seguros, “na medida do possível e razoável”, conforme a Convenção 155 da OIT. Porém, o fenômeno da monetarização situa todo o sistema numa zona de conforto que estimula, de um lado baixos investimentos para prevenção, pois a opção pelo pagamento dos adicionais é mais barata; e de outro a preferência dos próprios trabalhadores de buscar atividades insalubres e perigosas para obter um ganho salarial mais elevado. É evidente que ambas as situações são nefastas. Daí que a maior oneração do gravame monetário é também uma forma pedagógica de direcionar ao interesse pelo maior investimento em prevenção.

Além da monetização também são utilizados os EPI's, Equipamentos de Proteção Individual, para neutralizar os agentes nocivos; contudo não são plenamente eficazes, principalmente à longo prazo, e pela falta de fiscalização ou ineficácia.

Entretanto, na nossa análise, vamos muito além do conceito determinado na lei, mas no interesse social na dignidade da pessoa humana enquanto trabalhador, e até que ponto o risco à saúde ou à vida do trabalhador pode ser mensurado e compensado financeiramente em um valor específico. Entende-se que os adicionais são uma forma de desestimular o empregador a explorar essas formas de trabalho, mas não é o que acontece na realidade, tendo em vista que os lucros das grandes empresas vão muito além dessas despesas com os empregados, e a exploração é crescente.

3.2.1 Adicional de insalubridade

As atividades insalubres são aquelas que expõem o trabalhador a agentes nocivos à sua saúde, acima dos limites de tolerância determinados pelo Ministério do Trabalho, bem como todas as atividades e operações insalubres. De acordo com a NR-15 do Ministério do Trabalho e do Emprego, as atividades insalubres são aquelas que expõem o trabalhador a: calor, frio, ruído, radiações ionizantes ou não, pressão, vibrações, umidade, agentes químicos e biológicos, poeiras minerais e A-Benzeno.

Os tipos de insalubridade podem ser categorizados em mínimo, médio e máximo grau, resultando no acréscimo de 10%, 20% e 40% do salário mínimo, respectivamente; e foram instituídos desde 1940. Teoricamente o salário mínimo não pode servir de base para este cálculo, porém, enquanto o legislador não determinar uma nova base, mantém-se o salário mínimo como tal. Fica clara a intenção do legislador, que quantifica o risco ao qual o empregado está exposto, e reverte em um adicional monetário, como forma de compensação, neste caso vai de encontro ao direito fundamental à saúde, e ainda assim é mantido.

3.2.2 Adicional de periculosidade

Neste caso, a periculosidade está ligada ao perigo, ou seja o risco de ocorrer um evento danoso, seja um acidente, prejudicando a saúde ou até causando a morte do empregado. Portanto, é oposto, essencialmente, ao direito fundamental à vida.

No tocante ao adicional de periculosidade, diferentemente da insalubridade, o legislador determinou as atividades consideradas perigosas, que impliquem risco acentuado ao

trabalhador, após exposição contínua e frequente a inflamáveis, explosivos, energia elétrica, risco à segurança pessoal ou patrimonial, ou o trabalho em motocicleta.

O adicional ao salário é de 30% sobre o salário do empregado. Os adicionais não podem ser cumulados, portanto, ainda que o empregado exerça atividade insalubre e perigosa, não pode receber ambos os adicionais, devendo optar por um deles.

3.2.3 Adicional de penosidade

O adicional de penosidade não foi trazido à CLT, mas ainda pode ser encontrado na doutrina e na jurisprudência. A penosidade é inerente à atividade exercida pelo empregado, pela doutrina, trabalho penoso é aquele que causa desgaste ao trabalhador, exercido com excessivo labor, causando desgaste físico e mental.

Pode-se conseguir o adicional de penosidade judicialmente, impetrando mandado de injunção (art. 5º, LXXI, CF). O remédio constitucional tem como função suprir lacunas legislativas, e assegurar o direito dos cidadãos mesmo sem regulamentação legal, e portanto se adequa a esta situação.

A penosidade também é reconhecida pelo Direito Previdenciário, permitindo a aposentadoria especial aos trabalhadores que laboraram em situações penosas.

3.2.4 Acidentes de trabalho

O Direito Previdenciário trouxe garantias aos trabalhadores, essencialmente quando versa sobre suas aposentadorias e benefícios. A Lei 8.213/91, denominada Lei de Benefícios da Previdência Social, teve a redação de seu artigo 19 alterada em 2015 pela Lei Complementar 150, e versa sobre acidentes de trabalho:

Art. 19. Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço de empresa ou de empregador doméstico ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.

§1º. A empresa é responsável pela adoção e uso das medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalhador.

§2º. Constitui contravenção penal, punível com multa, deixar a empresa de cumprir as normas de segurança e higiene do trabalho.

§3º. É dever da empresa prestar informações pormenorizadas sobre os riscos da operação a executar e do produto a manipular.

§4º. O Ministério do Trabalho e da Previdência Social fiscalizará e os sindicatos e entidades representativas de classe acompanharão o fiel cumprimento do disposto nos parágrafos anteriores, conforme dispuser o Regulamento.

O acidente determinado acima, é o chamado acidente típico, mas são equiparadas formas de acidentes diferentes, como o ocorrido no trajeto para o trabalho, doenças laborais ou ainda aqueles ocorridos no exercício de funções com vínculo direto ou indireto com o contrato de trabalho. (OLIVEIRA, 2011)

O legislador também determinou no art. 163 da CLT, a constituição das CIPAs, as Comissões Internas de Prevenção de Acidentes, que como o nome mesmo já explica, tem como função prevenir acidentes na empresa. São compostas por funcionários da própria empresa, escolhidos pelos empregados como seus representantes e escolhidos pelo patrão.

A CLT prevê garantia de emprego ao acidentado, que for afastado por tempo superior a 15 (quinze) dias, e receber o benefício de auxílio acidente, como prevê a legislação previdenciária. Após o retorno à suas funções, o empregado adquire estabilidade, ou garantia de emprego, por 12 (doze) meses, como está previsto no art. 118 da Lei 8.213/91 e na Súmula 378 do TST:

Art. 118. O segurado que sofreu acidente de trabalho tem garantia, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente da percepção de auxílio-acidente.

Súmula 378 do TST: Estabilidade provisória. Acidente do trabalho. Art. 118 da Lei 8.213/1991. Constitucionalidade. Pressupostos.

(conversão das Orientações Jurisprudenciais n. 105 e 203 da SDI-1)

I – É constitucional o art. 118 da Lei 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 – 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 – Inserida em 20.06.2001)

As garantias ao trabalhador acidentado corroboram com as críticas trazidas à monetização do risco, tendo em vista que os benefícios dados aos empregados, inclusive com os acidentes de trabalho, estimulam as pessoas a aceitarem laborar nestas condições, pois serão recompensados, ainda que gerem prejuízos maiores.

4 Inadequação da Monetização do Risco

Após todo o exposto no presente trabalho, devemos questionar o real motivo dos adicionais supracitados, como “compensação” para os empregados, diante da legislação de segurança e saúde do trabalhador, bem como a Constituição garantista e os direitos fundamentais à saúde e à vida. O que já está enraizado na nossa legislação, desde 1940, com a promulgação da primeira CLT, e a determinação dos adicionais; e reiterado pela legislação previdenciária, que em 1960 trouxe a aposentadoria especial para aqueles que trabalhassem em tais atividades.

Portanto o empregado fica duas vezes estimulado a se submeter a tais condições, pois recebe um adicional ao salário enquanto está em atividade e pode se aposentar mais cedo, em 15, 20 ou 25 anos caso trabalhe em serviços penosos, insalubres e perigosos. Em menos tempo do que um serviço comum e seguro.

A Constituição de 1988, apesar de moderna e extremamente garantista, não retirou do texto os referidos adicionais - como pudemos observar nos capítulos anteriores – o Brasil não acompanhou na sua evolução constitucional os malefícios da monetização do risco, ainda estando relativamente “atrasado” perante outros países, no que tange à monetização do risco. Na verdade se mostra contraditório ao direito fundamental à saúde do trabalhador, e neutralizada ou eliminada a insalubridade, periculosidade e penosidade no serviço do empregado.

Os adicionais, não deveriam existir, porque sendo adotadas as medidas protetivas e preventivas não haveria insalubridade ou periculosidade, em conformidade com a Convenção 155 da OIT. Entretanto, é mais fácil aos empregadores manterem-se em sua zona de conforto, e pagar adicionais, invés de custear reformas para se adequar as normas de um ambiente sadio.

Deveria adequar-se as normas Constitucionais, o direito fundamental à saúde, à vida, buscando a desconstrução do conceito de monetização do risco. Sempre vislumbrando o princípio da dignidade da pessoa humana, não permitindo o trabalho em condições prejudiciais, e sim em um meio ambiente do trabalho saudável e seguro.

CONCLUSÃO

Apesar de a legislação brasileira ser abrangente e garantista, não é suficiente para suprir as questões de saúde do trabalhador, não respeitando os direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988. O próprio constituinte se mostra contraditório no que tange às garantias de direitos sociais e nas normas de eficácia limitada, que estas desrespeitam os direitos dos trabalhadores quando determinam que o legislador infraconstitucional crie adicionais de insalubridade, periculosidade e penosidade, como compensação por se submeterem a tais condições, o que chamamos aqui de monetização do risco.

As atividades exercidas em condições perigosas ou insalubres, não deveriam ser regulamentadas pela lei, tendo em vista que desrespeitam o direito à vida, à saúde e ao meio ambiente do trabalho saudável. A NR-15 do MTE, em congruência com a CLT determina os limites aceitáveis dos riscos a serem corridos pelo trabalhadores, compactuando com a política da monetização do risco, estes limites são muito superiores aos aceitos pela OIT.

Apesar das leis vigentes se mostrarem protetivas e preventivas, no que tange a saúde do trabalhador, com esta regulamentação dos limites, bem como com a obrigatoriedade da utilização e fiscalização dos Equipamentos de Proteção Individual (EPIs), fica demonstrada uma falha no sistema, por não obedecer as regulamentações internacionais. O correto seria a eliminação ou neutralização do risco, ou seja, uma alteração na legislação atual.

Outras alternativas seriam a redução da jornada de trabalho, como forma de diminuir o risco à saúde do trabalhador, bem como a proibição da realização de horas extras pelo empregadores, para evitar maior exposição aos agentes insalubres ou perigosos.

Em concomitância com a alteração legislativa, se faz necessária uma mudança nos padrões aceitos pela sociedade, tendo em vista que a população deve pensar a longo prazo, para proteger os cidadãos. Fugindo do imediatismo e da política de compensação monetária e abraçando a ideia de preservar a saúde e a segurança dos trabalhadores.

O Estado também é um grande responsável pela normalização destas políticas, tendo em vista que por meio da Previdência também estimula indiretamente a adoção das mesmas. O ideal seria que o governo estimulasse o contrário, ou seja, a proteção do trabalhador, por meio de políticas públicas, ou concessão de benefícios aos empregadores que se adequem a estas proteções.

Portanto, seria interessante alterar os paradigmas atuais, para melhor proteger os trabalhadores, respeitando seus direitos e garantindo melhores condições de trabalho, mais seguras e saudáveis.

REFERÊNCIAS

ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo Von. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. **Estudos sobre a Reforma do Direito e do Processo do Trabalho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital**. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2018.

BRASIL, **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei nº 5.452/1943.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**.

CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**. Versão para eBook. eBookBrasil.com – 2002.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 16ª ed. Editora Método. 2018.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15ª ed. LTr 80. 2016.

EDELMAN, Bernard. **A legalização da Classe Operária**. Tradução: Marcus Orione. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2016.

ENGELS, Friedrich. **Sobre o papel do trabalho na transformação do macaco em homem**. Versão para eBook. eBookBrasil.com – 1999.

_____. **A situação da classe trabalhadora na Inglaterra**. Boitempo Editorial, 2007, 2010.

GURGEL, Claudia. **Democracia e Participação: Conquistas da Cidadania Brasileira nos 28 anos de Constituição**. In Revista Interdisciplinar de Direito – Faculdade de Direito de Valença. V. 13, n. 2, pp. 135-155, jul/dez. 2016.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes?** 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2017

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **A previdência social no estado contemporâneo: fundamentos, financiamento e regulação**. Niterói: Impetus, 2011.

JÚNIOR, Francisco Milton Araújo. **A monetização do trabalho, antinomia constitucional e a base de cálculo do adicional insalubre.** In Revista TRT 8ª Região. Belém. V. 41, n 81, pp. 65-78 Julho/Dez 2008.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe.** 1ª ed. São Paulo: Folha de S. Paulo, 2010.

MARX, Karl. **O Capital.** 1ª ed. São Paulo: Folha de S. Paulo, 2010.

MATTIETTO, Leonardo. **Os princípios na jurisprudência brasileira: um ensaio crítico a partir do princípio da dignidade da pessoa humana.** In Revista de Gestão Pública, Previdência e Seguridade Social, vol. 1, p. 142-152, Jul-Dez, 2018.

MENEZES, Quênia de Rezende. **Um Tribunal Constitucional Internacional para garantir os direitos democráticos e os Direitos Humanos.** In Revista Direito GV, v. 13, n. 2, pp. 677-705, maio/ago 2017.

MEZZAROBIA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito.** 5ª ed. Saraiva. 2009.

NETO, Manoel Jorge e Silva. **Controle de Políticas Públicas na Justiça do Trabalho.** In Revista do Ministério Público do Trabalho, Brasília, ano XIX, n. 37, mar. 2007.

NEVES, Ilídio das. **Direito da Segurança Social.** Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador.** 6ª ed. São Paulo: LTr, 2011.

PADILHA, Norma Sueli. **Meio ambiente do Trabalho: um direito fundamental do trabalhador e a superação da monetização do risco.** In Revista do Tribunal Superior do Trabalho: Vol. 79, n. 4, Out./Dez. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado- do Editora, 2006. p. 35 e 36.

_____. **Os direitos dos trabalhadores como direitos fundamentais na Constituição Federal Brasileira de 1988.**

Disponível em <<https://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/1439>> Acesso em 25/08/2019.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações.** 1ª ed. São Paulo: Folha de S. Paulo, 2010.

STÜRMER, Gilberto. **Direito Constitucional do Trabalho no Brasil.** São Paulo: Atlas, 2014.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Previdência e Assistência Social: legitimação e fundamentação Constitucional brasileira.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

TEIXEIRA, Elenaldo Celso. **O Papel das Políticas Públicas no Desenvolvimento Local e na Transformação da Realidade.** Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br>>. Acesso em: 26/08/2019.

VIANNA, Francisco José de Oliveira. **Problemas de Direito Corporativo**. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1938.

_____. **O idealismo na Constituição**. 2ª edição aumentada. São Paulo/Rio de Janeiro/Recife/Porto Alegre: Companhia Editora Nacional, 1939.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

Submetido em 06.03.2021

Aceito em 17.03.2021