



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO E PROCESSO DO TRABALHO

MONIQUE ALBAN CAROZO DUARTE

A PROTEÇÃO À SAÚDE DO TRABALHADOR E A MONETIZAÇÃO DO RISCO

Salvador
2017

MONIQUE ALBAN CAROZO DUARTE

A PROTEÇÃO À SAÚDE DO TRABALHADOR E A MONETIZAÇÃO DO RISCO

Monografia apresentada à Faculdade Baiana de Direito, como requisito para obtenção do grau de especialista em Direito e Processo do Trabalho.

Salvador
2017

TERMO DE APROVAÇÃO**MONIQUE ALBAN CAROZO DUARTE****A PROTEÇÃO À SAÚDE DO TRABALHADOR E A MONETIZAÇÃO DO RISCO**

Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau de Especialista em Direito e Processo do Trabalho, na Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, __ / __ / 2017.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, aos incríveis mestres da Faculdade Baiana de Direito que me proporcionaram ensinamentos fundamentais para a elaboração da presente monografia.

Agradeço, também, aos meus pais e amigos por todo incentivo, compreensão e apoio.

Agradeço especialmente ao professor Rodolfo Pamplona por todo conteúdo, paciência e por animar as aulas. E também ao professor Danilo Gaspar que foi crucial para a minha decisão do tema.

RESUMO

Com o advento da Constituição de 1988, tem-se como fundamental o direito à saúde e o princípio da dignidade da pessoa humana e, com o passar dos anos, notou-se a influência do meio ambiente de trabalho na saúde do trabalhador. Como marco histórico dessa questão, tem-se a Revolução Industrial que desencadeou o desenvolvimento econômico e afetou a vida do trabalhador face a forma de produção e o seu ritmo deveras acelerado.

Assim, foram adotadas medidas objetivando a eliminação dos danos sofridos por aqueles que laboram em condições nocivas à saúde. Alguns países, por sua vez, optaram por eliminar os agentes agressores na fonte. Já no Brasil, foi adotada a monetização do risco que consiste na compensação financeira para os trabalhos realizados em condições consideradas insalubres ou perigosas, mediante pagamento dos adicionais de insalubridade e periculosidade.

Há controvérsias acerca do sucesso do sistema de compensação adotado haja vista que o cenário atual contempla um grande número de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais, até mesmo porque não são inibidas as agressões à saúde do trabalhador, mas tão somente é concedida uma retribuição pecuniária.

Palavras-chave: Princípio da dignidade da pessoa humana. Direito à saúde. Revolução Industrial. Monetização do Risco. Adicionais de Insalubridade e Periculosidade.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICO-JURÍDICA DO DIREITO À SAÚDE DO TRABALHADOR	8
2.1 REVOLUÇÃO INDUSTRIAL ATÉ A CRIAÇÃO DA OIT E O CAPITALISMO	8
2.2 EVOLUÇÃO DA RELAÇÃO SAÚDE-TRABALHO	10
2.3 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL	11
2.4 DIREITO À SAÚDE E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	12
3 DA MONETIZAÇÃO DO RISCO	16
3.1 A MONETIZAÇÃO DO RISCO NO BRASIL E A ANÁLISE DO SISTEMA ADOTADO EM OUTROS PAÍSES	16
3.2 ADICIONAL DE INSALUBRIDADE	17
3.3 ADICIONAL DE PERICULOSIDADE	23
3.4 ADICIONAL DE PENOSIDADE	27
3.5 DA (IM) POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS	29
3.6 NEUTRALIZAÇÃO DA INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE	36
3.6.1 Equipamentos de proteção individual	40
3.7 APOSENTADORIA ESPECIAL	43
4 REFLEXOS DA MONETIZAÇÃO DO RISCO NO BRASIL	47
4.1 ACIDENTE DE TRABALHO E DOENÇAS OCUPACIONAIS	47
4.2 GARANTIA DE EMPREGO DO ACIDENTADO	53
4.3 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO ACIDENTE DE TRABALHO	54
4.4. AÇÃO REGRESSIVA CONTRA A PREVIDÊNCIA SOCIAL	60
5 CONCLUSÃO	64
REFERÊNCIAS	67

1 INTRODUÇÃO

O escopo do presente trabalho é proporcionar uma análise minuciosa do direito à saúde, este garantido pela Carta Magna de 1988, com enfoque nos trabalhadores. Além desse direito constitucional, faz-se mister destacar o princípio da dignidade da pessoa humana, vez que interligado ao mesmo.

Nesta esteira, foi constatado ao longo dos anos que o ambiente de trabalho influencia diretamente na saúde dos trabalhadores, isto porque, se expostos à ambientes nocivos, podem desenvolver diversas doenças ocupacionais graves, limitando a sua qualidade laborativa e qualidade de vida.

Destarte, no Brasil, é adotada a monetização do risco que consiste no recebimento de vantagens pecuniárias pelos trabalhadores que laboram em condições especiais. Para adentrar no tema em questão e explanar as suas consequências, cumpre demonstrar o estudo sobre a influência das formas de produção do modelo capitalista na vida do trabalhador.

Neste sentido, o presente trabalho visa revelar as conquistas obtidas com relação à proteção da saúde do trabalhador de modo a estimular reflexões sobre possíveis reivindicações e medidas que devem ser adotadas pela legislação brasileiras com o fito de proteger a saúde do trabalhador.

Assim, podem ser analisadas as causas das doenças laborais e dos acidentes de trabalho, buscando a compreensão de como as normas trabalhistas influenciam as mudanças no ambiente de trabalho e de como a monetização do risco peca na sua eficácia.

Outrossim, será realizado um comparativo com as medidas adotadas pela legislação estrangeira, demonstrando a sua efetividade.

O presente estudo será dividido em três capítulos. No primeiro capítulo, serão destacadas mudanças ocorridas no ambiente de trabalho face a forma de produção advinda da Revolução Industrial, bem como as reações operárias que buscavam a melhoria do ambiente de trabalho que levaram à conquista de direitos, marcando, portanto, a evolução na relação saúde-labor.

Ainda no primeiro capítulo será explanado o advento do Capitalismo onde houvera a inversão de valores, priorizando-se a produtividade e o lucro em detrimento da saúde e do bem-estar do trabalhador. Essa busca incansável pelo aumento de

produção com baixo custo, fez com que os empregadores submetessem seus empregados a trabalharem em condições precárias, em ambientes totalmente nocivos, motivo pelo qual aumentaram os índices de doenças ocupacionais, incapacidade, acidentes e trabalho e até mesmo morte dos trabalhadores.

Será explanado, ainda, o direito à saúde amparado constitucionalmente, assim como o princípio da dignidade da pessoa humana, expondo a relação do meio ambiente, segurança e higiene do trabalho que influenciam diretamente no referido direito.

No segundo capítulo será explorada a monetização do risco adotada pelo Brasil, consistente na compensação financeira para o trabalho realizado em condições nocivas, realizando um comparativo com o sistema adotado em outros países que optaram por eliminar os riscos à saúde do trabalhador na origem, ou seja, quando não era possível eliminar os agentes nocivos, optavam por reduzir a jornada de trabalho, vedavam as jornadas extraordinárias, aumentavam as férias, dentre outras soluções.

Destarte, serão explanados os adicionais de insalubridade, periculosidade e penosidade, além da possibilidade de cumulação dos mesmos. Também será tratada a questão do uso dos equipamentos de proteção individual com o fito de amenizar à exposição aos agentes nocivos.

Por fim, no terceiro capítulo, serão explorados os resultados das medidas brasileiras de compensação do trabalhador das agressões à saúde, bem como a análise de dados de acidentes de trabalho, as garantias que o trabalhador possui e a responsabilidade civil do empregador. Importante destacar, ainda, a possibilidade de ingressar com ação regressiva a cargo da Previdência Social.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICO-JURÍDICA DO DIREITO À SAÚDE DO TRABALHADOR

2.1 REVOLUÇÃO INDUSTRIAL ATÉ A CRIAÇÃO DA OIT E O CAPITALISMO

O Direito do Trabalho é fruto do capitalismo, vinculado à evolução histórica desse sistema, consertando distorções econômico-sociais e civilizando a relação de poder que sua dinâmica econômica cria na sociedade civil, principalmente na empresa.

Porém o Direito do Trabalho não apenas serviu ao sistema econômico deflagrado com a Revolução Industrial, no século XVIII, na Inglaterra; na verdade, ele fixou controles para esse sistema, conferiu-lhe certa medida de civilidade, inclusive buscando eliminar as formas mais perversas de utilização da força de trabalho pela economia.¹

Tem-se como elemento da relação empregatícia o trabalho subordinado que apenas surgiria séculos após a crescente destruição das relações servis. Apenas no período da Revolução Industrial é que o trabalhador seria reconectado ao sistema produtivo, através de uma relação de produção inovadora, combinando liberdade e subordinação. Ou seja, seria o trabalhador separado dos meios de produção, porém subordinado no âmbito da relação empregatícia ao proprietário ou possuidor desses meios produtivos.

A relação empregatícia, como categoria socioeconômica e jurídica, tem seus pressupostos desmontados com o processo de ruptura do sistema produtivo feudal, ao longo do desenrolar da Idade Moderna. Contudo, apenas mais à frente, no desenrolar do processo da Revolução Industrial, é que irá efetivamente se estruturar como categoria específica, passando a responder pelo modelo principal de vinculação do trabalhador livre ao sistema produtivo emergente. Somente a partir desse último momento, situado desde a Revolução Industrial do século XVII (e principalmente XVIII), é que a revolução empregatícia (com a subordinação que lhe é inerente) começará seu roteiro de construção de hegemonia no conjunto das relações de produção fundamentais da sociedade industrial contemporânea. Apenas a partir do instante em que a relação de emprego se torna a categoria dominante como modelo de vinculação do trabalhador ao sistema produtivo, é que se pode iniciar a pesquisa sobre o ramo jurídico especializado que se gestou em torno dessa relação empregatícia. Esse instante de hegemonia – de generalização e massificação da relação de emprego no universo societário – somente se afirma com a generalização do sistema industrial na Europa e Estados Unidos da América; somente se afirmar, portando, ao longo do século XIX.²

¹ DELGADO, Mauricio. *Curso de Direito do Trabalho*. 15ª edição. ed. LTr80, 2016, p. 87.

² DELGADO, Mauricio. *Curso de Direito do Trabalho*. 15ª edição. ed. LTr80, 2016, p. 91.

Destarte, esclarecido o posicionamento do direito do trabalho na história e o surgimento da relação empregatícia, cumpre explicar que foi na Itália que ocorreu o marco de maior evidência histórica com relação à saúde do trabalhador, com a publicação do livro do médico Bernardino Ramazzini, este considerado o Pai da Medicina do trabalho, intitulado “As Doenças dos Trabalhadores”.

A referida obra abarca mais de 60 (sessenta) profissões, relacionando atividades, doenças e planos de prevenção e tratamento, sendo o texto básico da Medicina Preventiva até o advento da Revolução Industrial.

Isto porque a Revolução Industrial transformou o ambiente de trabalho. Com o surgimento das máquinas, o ritmo de produção foi deveras aumentado e, somado às condições precárias das instalações das fábricas, geraram muitas consequências ruins, tais como doenças, mutilações e mortes.

Frise-se que não havia qualquer preocupação com a higiene no ambiente de labor, tampouco com a segurança dos trabalhadores, haja vista que se almejava tão somente a produção desenfreada e não havia respaldo legal naquela época.

Apenas com o término da Primeira Guerra Mundial é que surgiu o Constitucionalismo Social que consistia na inclusão de disposições atreladas à defesa de interesses sociais, garantindo direitos trabalhistas.

A terceira fase do Direito do Trabalho inicia-se logo após a Primeira Guerra Mundial. Identifica-se como a fase da *institucionalização ou oficialização* do Direito do Trabalho. Seus marcos (situados no ano de 1919) são a Constituição de Weimar e a criação da OIT (a Constituição Mexicana de 1917 lança o brilho do processo nos países periféricos ao capitalismo central). Tal fase se define como o instante histórico em que o Direito do Trabalho ganha absoluta cidadania nos países de economia central. Esse Direito passa a ser um ramo jurídico absolutamente assimilado à estrutura e dinâmica institucionalizadas da sociedade civil e do Estado. Forma-se a Organização Internacional do Trabalho; produz-se a *constitucionalização* do Direito do Trabalho; finalmente, a legislação autônoma ou heterônoma trabalhista ganha larga consistência e autonomia no universo jurídico do século XX.³

A OIT, Organização Internacional do Trabalho, fora criada pelo Tratado de Versailles e possuía o objetivo de elevar os níveis de vida e a proteção adequada da vida e da saúde do trabalhador.

³ DELGADO, Mauricio. *Curso de Direito do Trabalho*. 15ª edição. ed. LTr80, 2016, p. 101 e 102.

Com o advento da Segunda Guerra Mundial, fortaleceu-se o fito de proteger o trabalhador, estabelecendo o justo equilíbrio frente ao capital. Assim, visando a elevada produtividade, os empregadores disponibilizavam, no próprio estabelecimento, um médico para atender os empregados que apresentavam alguma enfermidade.

No Brasil, a portaria do Ministério do Trabalho nº 3.237 de 1972 passou a obrigar os serviços médicos a partir de 1976 de acordo com o grau de risco e quantidade de empregados. Hoje, a Consolidação das Leis do Trabalho, prevê o serviço médico obrigatório no artigo 162⁴.

2.2 EVOLUÇÃO DA RELAÇÃO SAÚDE-TRABALHO

As etapas evolutivas da relação saúde-trabalho são: Etapa da medicina do trabalho, início por volta de 1830; Etapa da saúde ocupacional, início por volta de 1950; Etapa da saúde do trabalhador, início por volta de 1970; e Etapa da qualidade de vida do trabalhador, início por volta de 1985.

A primeira etapa, a da medicina do trabalho foi tratada no tópico anterior desde a criação da OIT (Organização Internacional do Trabalho) até a atual CLT (Consolidação das Leis do Trabalho). Já a segunda etapa, da saúde ocupacional, iniciou-se após a Segunda Guerra Mundial onde se buscava a paz e a estabilidade social. Assim, aflorou-se a ideia dos direitos humanos. Contudo, a reconstrução das cidades do pós-guerra exigiu uma sobrecarga de trabalho e, conseqüentemente, aumentaram os índices de acidentes e doenças ocupacionais. Nesta esteira, o contexto social deu início a etapa da saúde ocupacional, onde se uniram vários profissionais de diferentes áreas de atuação, com o fito de melhorar o ambiente de trabalho, utilizando-se equipamentos de proteção e limitando a exposição aos agentes agressivos.

⁴ Art. 162. As empresas, de acordo com normas a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho, estarão obrigadas a manter serviços especializados em segurança e em medicina do trabalho. PARAGRAFO ÚNICO. As normas a que se refere este artigo estabelecerão: a) a classificação das empresas segundo o número de empregados e a natureza do risco de suas atividades; b) o número mínimo de profissionais especializados exigidos de cada empresa segundo o grupo em que se classifique, na forma da alínea anterior; c) a qualificação exigida para os profissionais em questão e o seu regime de trabalho; d) as demais características e atribuições dos serviços especializados em segurança e em medicina do trabalho, nas empresas.

A terceira etapa foi a da saúde do trabalhador, momento em que ainda não se vislumbrava uma melhora significativa vez que as doenças continuavam atreladas ao trabalho, ratificando a premissa de Bernardino Ramazzini, alhures citado.

Em virtude disso, os trabalhadores começaram a protestar e reivindicar direitos trabalhistas. Na Itália surgiu um movimento cujo lema era “Saúde não se vende”, e os trabalhadores questionavam a monetização do risco, pelo recebimento de adicionais, e começaram a priorizar o trabalho digno em ambiente seguro e saudável.

A quarta etapa, qual seja da qualidade de vida do trabalhador, destacou a saúde como primordial preocupação, interligando-a a todo o estilo de vida do trabalhador. Ou seja, a preocupação não era somente dentro da empresa, mas também do trabalhador como homem social. Assim, o homem-trabalhador não pode ser isolado do homem-social. E todo o contexto de vida do trabalhador está atrelado à dignidade da pessoa humana, princípio fundamental protegido pela Constituição Federal, que será amplamente explanado em tópico posterior.

2.3 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

Primordial mencionar a Constituição de 1824 que, seguindo o liberalismo, extirpou as corporações de ofício, devendo existir a liberdade de exercício de profissões. Havia a presença do trabalho escravo até a sua abolição por intermédio da Lei Áurea, em 1888.

Nesta linha de intelecção, surgiu a Constituição de 1891 que reconheceu a liberdade de associação de forma genérica.

As transformações ocorridas na Europa, com o crescente surgimento de leis de proteção ao trabalho, e a instituição da OIT em 1919 influenciaram o surgimento de normas trabalhistas no Brasil. Da mesma forma, os imigrantes em nosso país deram origem a movimentos operários, reivindicando melhores condições de trabalho. Começa, assim, a surgir a política trabalhista de Getúlio Vargas em 1930. Antes disso, destaca-se a Lei Eloy Chaves, ao criar a caixa de aposentadoria e pensões para os ferroviários, bem como estabilidade para estes trabalhadores quando completavam dez anos de emprego, salvo falta grave, a ser comprovada previamente em inquérito administrativo, presidido por um engenheiro da Inspeção e Fiscalização das Estradas de Ferro.⁵

⁵ GARCIA, Gustavo. Curso de Direito do Trabalho. 9ª edição. ed. FORENSE, 2015, p. 33 e 34.

Diversos Decretos do Poder Executivo, em 1930, estabeleceram normas atinentes a questões trabalhistas. Destaca-se, portanto, a instituição da Carteira Profissional pelo Decreto 21.175/1932, a disciplina da duração da jornada de trabalho em diversos setores da atividade econômica (como por exemplo no comércio e na indústria), o trabalho das mulheres, o trabalho dos menores e os serviços de estiva.

Frise-se que, sob influência do Constitucionalismo social, a primeira Constituição Brasileira a ter normas específicas de Direito do Trabalho foi a de 1934. Posteriormente, a Constituição de 1937 expressava a intervenção do Estado, com características do sistema corporativista, momento em que fora instituído o sindicato único e proibia greve que era vista como recurso nocivo à economia.

A existência de diversas leis esparsas sobre Direito do Trabalho impôs a necessidade da sua sistematização, por meio da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei 5.452, de 1º de maio de 1943, que não é um código propriamente, pois a sua principal função foi apenas de reunir as leis trabalhistas existentes. A Constituição de 1946 restabeleceu o direito de greve, rompendo, de certa forma, com o corporativismo da Carta de 1937, passando a trazer elencos de direitos trabalhistas superior àquele das Constituições anteriores.⁶

Seguindo a ordem cronológica, a Constituição de 1967 conservou direitos trabalhistas das Constituições anteriores e previu o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço que havia sido criado em 1966.

Assim, em 1988, fora promulgada a atual Constituição que trata dos “Direitos e Garantias Fundamentais”, os “Direitos Sociais” e versa sobre o Direito do Trabalho.

2.4 DIREITO À SAÚDE E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Tem-se que a integridade física do trabalhador é um direito da personalidade oponível contra o empregador. Em regra, as condições de labor não são adaptadas à capacidade física e mental do empregador, o que pode gerar não só acidentes de trabalho e enfermidades, mas as deficiências nas condições em que ele executa as atividades geram fadiga e insatisfação, fatores estes totalmente prejudiciais à saúde.

Ciente disso, a CLT, desde 1943, dispõe sobre segurança e higiene do trabalho, no Capítulo V, do Título II, do art. 154 ao 201. Coexistem com esses preceitos normas constitucionais, internacionais, entre as quais as

⁶ GARCIA, Gustavo. Curso de Direito do Trabalho. 9ª edição. ed. FORENSE, 2015, p. 34.

Convenções da OIT n. 115, sobre proteção contra radiações ionizantes; n. 127, sobre peso máximo das cargas; n. 136, sobre proteção contra os riscos ocasionados pelo benzeno; n. 139, sobre prevenção e controle de riscos profissionais provocados por substâncias cancerígenas no local de trabalho; n. 148, sobre proteção contra os riscos provenientes da contaminação do ar, de ruído e de vibrações no local de trabalho; n. 155, sobre segurança e saúde dos trabalhadores e meio ambiente de trabalho e o Protocolo 2002 a respeito do tema; n. 161, sobre serviços de saúde no trabalho; n. 162, sobre utilização do asbesto (aminato) com segurança, n. 170, sobre utilização de produtos químicos no trabalho, todas ratificadas pelo Brasil, e outras fontes, principalmente Portarias do Ministério do Trabalho, destacando-se a de n. 3.214, de 1978, composta de 30 NR (Normas regulamentares), e a Portaria n. 598, de 17 de dezembro de 2004, sobre normas relacionadas com instalações e serviços de eletricidade.⁷

Conforme cediço, um dos escopos da República Federativa do Brasil consiste em promover o bem de todos (art. 3º da Constituição Federal de 1988), garantindo-se no art. 6º, Capítulo Dos Direitos Sociais, o direito à saúde a todos, sendo este, portando, um dever do Estado. Ou seja, a saúde é um direito subjetivo público, que se exige do Estado.

Para a Organização Nacional de Saúde – OMS, saúde nada mais é do que o completo bem-estar psíquico, mental e social do indivíduo. Portanto, esse conceito necessita de adaptações na seara jurídica já que o completo bem-estar é um problema político que diz respeito à sociedade como um todo.

Quando o empregado é admitido pelo empregador, leva consigo uma série de bens jurídicos (vida, saúde, capacidade de trabalho, etc), os quais deverão ser protegidos por este último, com adoção de medidas de higiene e segurança para prevenir doenças profissionais e acidentes no trabalho. O empregador deverá manter os locais de trabalho e suas instalações de modo que não ocasionem perigo à vida e à saúde do empregado. A falta de saúde do empregador gera a incapacidade, e se decorrente de ato ilícito ou de um risco gerado pelas condições de trabalho, a responsabilidade civil do empregador por dano material e/ou moral é uma técnica utilizada para reparar o dano e proteger a incapacidade, independentemente de seguro contra acidente feito por ele (art. 7, XXVIII da Constituição). Na França, o Direito Penal enriqueceu a prevenção nos locais de trabalho, responsabilizando empregadores criminalmente pelas infrações ditas não intencionais.⁸

A Carta Magna, em seu artigo 1º, prevê expressamente a dignidade da pessoa humana e a livre iniciativa.

⁷ BARROS, Alice. *Curso de Direito do Trabalho*. 8ª edição. ed. LTR, 2012, p. 839.

⁸ BARROS, Alice. *Curso de Direito do Trabalho*. 8ª edição. ed. LTR, 2012, p. 840.

Art. 1º da Constituição Federal de 1988: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

O legislador, por sua vez, reconhece o trabalho como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. A dignidade da pessoa humana é genérica no sentido de que toda pessoa deve ser digna e possuir os meios necessários para uma sobrevivência equivalente aos padrões culturais, morais e econômicos no meio social em que vive.

Quanto à livre iniciativa, cumpre dizer que a mesma está em consonância com o disposto no art. 5º, XIII desta mesma Constituição, uma vez que dispõe “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

Art. 3º da Constituição Federal de 1988: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O objetivo constitucional de erradicar a pobreza e a marginalização e de reduzir as desigualdades sociais não podem ser apartados da concepção de trabalho.

Art. 5º da Constituição Federal de 1988: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)

O direito à vida ratifica a ideia de uma vida digna atrelada ao trabalho, além de uma remuneração capaz de proporcionar ao trabalhador o seu sustento e o da sua família, além do lazer e qualidade de vida.

Art. 6º da Constituição Federal de 1988: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

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

Convém afirmar, portanto, que a constitucionalização deste direito está ligada à dignidade da pessoa do trabalhador, com o fito de valorização deste estando incluída no contexto da proteção a sua saúde como direito fundamental.

Retomando ao princípio da dignidade da pessoa humana, cumpre esclarecer que é dissonante da previsão constitucional expressa de adicional de remuneração para as atividades nocivas.

A legislação brasileira adotou a monetização do risco como forma de compensação às agressões sofridas pelos trabalhadores. Verifica-se a valorização do capital em detrimento da pessoa humana, tema que será amplamente abordado no próximo capítulo.

3 DA MONETIZAÇÃO DO RISCO

3.1 A MONETIZAÇÃO DO RISCO NO BRASIL E A ANÁLISE DO SISTEMA ADOTADO EM OUTROS PAÍSES

Conforme explanado no capítulo anterior, o período pós 2ª Guerra Mundial foi marcado pelo surgimento de organizações e leis almejando paz, estabilidade social e proteção aos direitos fundamentais do homem. Assim, verifica-se que a maioria das normas existentes na Consolidação das Leis do Trabalho brasileira foram editadas durante a 2ª Guerra Mundial, em 1943. Como exemplo, tem-se a formação da ONU (Organização das Nações Unidas), em 1945; da OMS (Organização Mundial da Saúde), em 1946, e a Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948, trazendo um novo conceito de saúde, deixando clara a inclusão da mesma como direito fundamental.

Nesse contexto, com a criação das organizações supracitadas, houve um aumento da preocupação no âmbito político com o número de acidentes de trabalho e surgiu a necessidade da criação e proteção dos direitos do trabalhador para o desenvolvimento de uma sociedade segura. A insatisfação dos próprios trabalhadores era clara de modo que iniciaram as reivindicações por melhores condições de trabalho, não se satisfazendo somente com o pagamento de adicionais monetários.

Em apertada síntese, cumpre ressaltar que países como o Canadá, Holanda, Suíça, Paraguai e Portugal focaram na eliminação dos riscos para a saúde na sua origem ao invés de tentar neutralizá-los com o uso de equipamentos de proteção individual. Até mesmo porque os referidos equipamentos, muitas vezes, se mostravam ineficazes a longo prazo, seja pelo uso inadequado, pela falta de fiscalização, ou pelo descobrimento da sua inutilidade frente aos agentes agressores.

Os países anteriormente citados, quando não logravam êxito na eliminação dos agentes nocivos, adotavam soluções como redução da jornada de trabalho, aumento das férias, vedação de jornadas extraordinárias, dentre outras.

O Brasil, ao contrário, adotou a monetização do risco, ou seja, a compensação financeira para o trabalho realizado em condições insalubres, perigosas ou penosas, por intermédio de adicionais ao salário.

Saliente-se que os adicionais foram regulamentados pelas seguintes Leis: Decreto-Lei nº 2.162/40 que estabeleceu o índice de 40%, 20% e 10% do salário mínimo para insalubridade (OLIVEIRA, 2010, p. 166). A periculosidade foi estabelecida pelas seguintes leis: Lei nº 2.573/55, para quem trabalha com inflamáveis; Lei nº 5.880/73 estendeu a periculosidade para os trabalhos com explosivos; Lei nº 7.369/85 aos empregados do setor de energia elétrica (OLIVEIRA, 2010, p. 172); a Lei nº 11.901/09 instituiu a periculosidade aos bombeiros civis em virtude de o perigo ser inerente à profissão.

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, estabeleceu adicional para trabalho penoso, que ainda não foi regulamentado, exceto para o servidor público federal que exerce sua função em zonas de fronteiras ou em localidades cujas condições de vida o justifiquem (art. 71 da Lei nº 8.112/90). Por fim, outra maneira de compensar o trabalhador pelos danos sofridos em razão do ambiente de trabalho é a aposentadoria especial, instituída pela Lei nº 3.807/60 para trabalhadores que exercem suas atividades em ambientes insalubres e/ou perigosos durante o período de 15, 20 ou 25 anos.

3.2 ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

Considera-se trabalho insalubre aquele exposto à agentes que podem afetar ou causar danos à saúde, provocar enfermidade. O agente nocivo vai enfraquecendo ao longo do tempo as resistências do organismo do trabalhador, devido à exposição continuada. O artigo 189 da CLT estabeleceu o conceito legal de insalubridade nos seguintes termos: “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”.

O adicional de insalubridade é previsto no art. 7º, inciso XXIII, da Constituição Federal de 1988 e regulamentado pelos artigos 189 e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho, consoante alhures destacado.

químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde do empregado, bem como os respectivos limites de tolerância.

De acordo com a redação do art. 192 da CLT: “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 máximos, médio e mínimo”.⁹

O enquadramento das atividades e operações consideradas insalubres ficou sob responsabilidade do Ministério do Trabalho e Emprego – MTE que, por sua vez, segmentou em três categorias os agentes insalubres, quais sejam: a) agentes físicos: ruído, calor, radiação, frio, pressão hiperbárica, vibrações e umidade; b) agentes químicos: poeiras, gases e vapores, névoas e fumo; c) agentes biológicos: micro-organismos, vírus e bactérias (art. 190, CLT).

Cumprir gizar que a “insalubridade psíquica” não foi abordada, embora as doenças ligadas ao sistema psicológico estejam cada vez mais recorrentes em virtude do ambiente de trabalho. De acordo com o explanado, verifica-se a existência de doenças ocupacionais de natureza psicológica registradas pela Previdência Social e especificadas como acidentárias; classificam-se com CID F32 (episódios depressivos) e F43 (reações ao estresse grave e transtornos de adaptação).

O MTE regulamentou a caracterização da insalubridade por intermédio da norma regulamentadora – NR-15 da Portaria nº 3.214/1978, utilizando três critérios: avaliação quantitativa, avaliação qualitativa e a avaliação qualitativa de riscos inerentes à atividade.

Assim, na avaliação quantitativa se faz mister citar os anexos 1, 2, 3, 5, 8, 11, e 12 da NR-15. Neles estão definidos os limites de tolerância para os agentes agressivos fixados em razão da natureza, da intensidade e do tempo de exposição (SALIBA; CORRÊA, 2011, p.13). Nos referidos casos, a insalubridade apenas será caracterizada quando for ultrapassada. SALIBA afirma, ainda, que praticamente todos os limites fixados se basearam nos limites de tolerância estabelecidos em 1977 pela ACGIH (American Conference of Governmental Industrial Hygienists), devidamente corrigidos para a jornada de trabalho no Brasil e que permanecem, na sua maioria, sem alterações.

Já nos anexos 7, 8, 9, 10 e 13 foi utilizada a avaliação qualitativa, na qual a insalubridade será comprovada mediante inspeção realizada pelo perito no local de

⁹ GARCIA, Gustavo. *Curso de Direito do Trabalho*. 9ª edição. ed. FORENSE, 2015, p. 428.

labor. O perito tem a responsabilidade de analisar detalhadamente o posto de trabalho, a função e a atividade do empregado, utilizando os critérios técnicos da Higiene Ocupacional (SALIBA; CORRÊA, 2011, p.14). Cumpre esclarecer que a não adoção de limite de exposição ao agente agressor não dá o direito ao adicional de insalubridade por todo e qualquer tipo de contato com aquele. Assim, na avaliação qualitativa, deve-se considerar o tempo de exposição, a forma de contato com o agente insalubre e a existência de equipamento de proteção individual para justificar o parecer técnico.

O terceiro critério, qual seja a avaliação qualitativa de riscos inerentes à atividade, refere-se àquelas onde não há possibilidade de eliminar ou neutralizar a insalubridade, ou seja, a insalubridade é inerente à atividade. Desta forma, estão incluídas as atividades constantes nos anexos 6, 13 e 14 da NR15.

A contaminação do meio ambiente de trabalho por gases, vapores e poeira é um dos problemas mais graves da indústria e não se limita ao âmbito do estabelecimento, constituindo uma ameaça para o perímetro que a circunda, com a contaminação da atmosfera, dos rios e dos mares. Como se vê, a contaminação nos grandes centros industriais põe em risco a saúde da população, em geral. É muito criticada a solução adotada pelo 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.¹⁰

Neste sentido, faz-se mister a classificação da atividade insalubre na relação oficial elaborada pelo Ministério do Trabalho, de modo que não basta a constatação por laudo pericial. Como exemplo, temos que a limpeza em residências e escritórios e a respectiva coleta de lixo não podem ser consideradas atividades insalubres, ainda que constatadas por intermédio de laudo pericial, porquanto não se encontram classificadas na Portaria do Ministério Público do Trabalho.

Se houver reclassificação ou descaracterização da insalubridade, 'por ato da autoridade competente (Ministério do Trabalho), esse fato irá repercutir na satisfação do respectivo adicional, sem ofensa a direito adquirido ou ao princípio da irredutibilidade salarial. Como exemplo, pode ser citada a retirada do mundo jurídico, após 20 de fevereiro de 1991, das normas ensejadoras do direito ao adicional de insalubridade por iluminação insuficiente no local da prestação de serviços, como previsto na Portaria n. 3.751, de 1990, do Ministério do Trabalho. A partir dessa data, os empregados não poderão invocar o direito adquirido para continuar percebendo o adicional de insalubridade.¹¹

¹⁰ BARROS, Alice. *Curso de Direito do Trabalho*. 8ª edição. ed. LTR, 2012, p. 842.

¹¹ BARROS, Alice. *Curso de Direito do Trabalho*. 8ª edição. ed. LTR, 2012, p. 622.

Em apertada síntese, analisando o conceito de insalubridade dado pela norma trabalhista verifica-se que, primeiramente, não é qualquer atividade insalubre que concederá ao trabalhador o direito ao recebimento do respectivo adicional, ela tem que estar prevista na NR-15, conforme explanado anteriormente; segundo, para as atividades sem limite fixado, será de extrema importância a perícia no local do trabalho e a verificação da intensidade e o tempo exposição do trabalhador aos agentes nocivos, juntamente com o uso ou não de medidas protetivas.

Contudo, ficará o empregador dispensado de pagar o adicional de insalubridade se restar comprovado no laudo técnico que o uso de EPI ou EPC elimina ou reduz a intensidade ou concentração do agente agressor ao limite de tolerância.

Os agentes insalubres são classificados em três graus, sendo eles: máximo, médio e mínimo. Sendo que o percentual do adicional devido para cada grau foi regularizado em 1º de maio de 1940, no Decreto-lei n. 2.162, variando de 40%, 20% e 10% do salário mínimo, dependendo da sua classificação (OLIVEIRA, 2010, p.166). O grau de insalubridade também está estabelecido no artigo 192 da CLT; o referido grau está definido na NR-15 por meio do MTE.

Anteriormente, prevalecia o entendimento (o qual já se encontra superado na atualidade) de que o cálculo do adicional de insalubridade com base no salário mínimo, como estabelece o art. 192 da CLT, não apresenta inconstitucionalidade, pois ausente o efeito de indexação da economia.¹²

Observe-se que o próprio Supremo Tribunal Federal chegou a decidir: “Constitucional. Trabalho. Adicional de insalubridade: salário mínimo. CF, art. 7º, IV.

I – O que a Constituição veda, no art. 7º, IV, é a utilização do salário mínimo para servir, por exemplo, como favor de indexação. O salário mínimo pode ser utilizado como base de incidência da percentagem do adicional de insalubridade.

II – Agravo não provido (STF, 2ª Turma, Ag. Reg. No Agravo de Instrumento 417.632-2 – SC. Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 16.05.2003”

O referido entendimento também era adotado na Orientação Jurisprudencial 02 da SBDI-I, do TST, que fora revogada pela Resolução 148, de 26 de junho de 2008: “Adicional de insalubridade. Base de cálculo. Mesmo na vigência da CF/1988: salário mínimo.

¹² GARCIA, Gustavo. *Curso de Direito do Trabalho*. 9ª edição. ed. FORENSE, 2015, p. 428.

Ao mesmo tempo, foi restaurada a Súmula 17, a seguir transcrita: “O adicional de insalubridade devido a empregado que, por força de lei, convenção coletiva ou sentença normativa, percebe salário profissional será sobre este calculado”. Registre-se desde já quem mais recentemente, após a aprovação da Súmula Vinculante 4 do STF, ocorreu nova alteração da súmula 228 do TST, tendo a súmula 17 sido mais uma vez cancelada (Resolução 148/2008, publicada pelo *DJ* 04.07.2008). De todo modo, como destaca Amauri Nascimento: “Denomina-se salário profissional aquele fixado como mínimo de uma profissão com o que se caracteriza como uma espécie do gênero mínimo salarial. Em razão disso, o adicional de insalubridade, nesse entendimento anterior das súmulas 228 e 17 do TST, era calculado sobre o mínimo salarial, gênero do qual são espécies o salário mínimo e o salário mínimo profissional.”¹³

Nesta esteira, em virtude do entendimento que prevalecia no TST mesmo antes do cancelamento da Súmula 17, caso exista previsão de norma coletiva (mais benéfica), o salário profissional, o salário normativo, o salário convencional e também o piso normativo, por corresponderem ao mínimo que pode ser adimplido ao empregado, devem ser utilizados para fins de cálculo do adicional de insalubridade.

Cumprе ressaltar que nos casos em que o trabalhador permanece em contato com mais de um agente agressor, a cumulação de adicionais de insalubridade é vedada pelo subitem 15.3 da NR-15, que assim dispõe: “15.3 No caso de incidência de mais de um fator de insalubridade, será apenas considerado o de grau mais elevado, para efeito de acréscimo salarial, sendo vedada a percepção cumulativa.”

Contudo, poderá o empregado optar pelo percentual mais vantajoso. Verifica-se, portanto, que o trabalhador pode estar exposto a diversos agentes agressores, os quais podem conjuntamente potencializar os efeitos danosos à sua saúde, porém nem por isso será sujeito a uma compensação financeira superior. Contudo há doutrinadores que divergem desse entendimento, embora majoritário.

Entendemos que, se as condições de trabalho do empregado são duplamente gravosas, é cabível o pagamento de dois adicionais, pois houve exposição a dois agentes insalubres diferentes, que podem ocasionar prejuízos a diversos órgãos do corpo humano. Nesse sentido, pronunciamos favoravelmente ao pagamento de dois adicionais ao empregado que trabalhava operando raio x e ainda mantinha contato com portadores de moléstia contagiosa. Saliente-se que a determinação contida na NR-15 da Portaria n. 3.214 de 1978, no sentido de se considerar apenas o fator de insalubridade de maior grau, no caso de incidência de mais de um agente insalubre, extrapola os limites da própria lei, que não proíbe a cumulação de mais de um adicional de insalubridade. Se se permitir tal dispositivo, o empregador poderá perder o estímulo de eliminar outros agentes

¹³ GARCIA, Gustavo. *Curso de Direito do Trabalho*. 9ª edição. ed. FORENSE, 2015, p. 429.

agressivos, porquanto a Portaria só o onera com o pagamento de um deles.
14

Convém a reflexão de que o Brasil, além de adotar a monetização do risco ao invés de conceder melhores condições de trabalho ou práticas que visem a eliminar e/ou amenizar a exposição do trabalhador aos agentes nocivos, também limita a percepção dessa contrapartida financeira, apenas podendo o trabalhador perceber um percentual de adicional de insalubridade (doutrina majoritária), ainda que esteja exposto a diversos deles.

Convém esclarecer o adicional de insalubridade como componente da remuneração do empregado. Ou seja, enquanto percebido, o adicional de insalubridade integra a remuneração do empregado para todos os efeitos legais, exceto para cálculo de repouso semanal remunerado e feriados, tendo em vista que esse adicional de insalubridade é calculado sobre importância fixa que já remunera os dias de repouso semanal e feriados, consoante Orientação Jurisprudencial n. 103 da SDI-1 do TST.

Outra consideração a ser feita neste tópico, se refere ao fornecimento de Equipamento de proteção individual – EPI. Frise-se que o fornecimento do EPI poderá eliminar o agente agressivo gerador do adicional de insalubridade, consoante Súmula n. 80 do TST. Contudo, apenas o fornecimento do EPI não exime o empregador do pagamento do adicional de insalubridade, devendo o mesmo tomar as providências que conduzam à diminuição ou eliminação da nocividade, dentre elas as relativas ao uso efetivo do equipamento de proteção individual pelo empregado (Súmula n 289 do TST).

De mais a mais, constata-se que o simples fornecimento de EPI não se revela suficiente à elisão do pedido de adicional de insalubridade quando, à título de exemplo, sua durabilidade não ultrapassa determinado número de dias e a substituição é realizada além do prazo de validade.

3.3 ADICIONAL DE PERICULOSIDADE

Agentes perigosos são aqueles que, diferentemente dos agentes insalubres, podem causar um efeito danoso imediato; é a situação ou condição em que o risco é

¹⁴ BARROS, Alice. *Curso de Direito do Trabalho*. 8ª edição. ed. LTR, 2012, p. 624.

acentuado. Ou seja, a possibilidade concreta da ocorrência de acidentes exige do trabalhador vigilância constante.

Os destinatários desse adicional são os trabalhadores urbanos, rurais e avulsos, consoante prevê a Constituição Federal no seu artigo 7º.

Assim, o adicional de periculosidade é previsto no art. 193 da CLT aos empregados que laboram em contato permanente ou iminente com explosivos ou inflamáveis, em condições de risco acentuado, comprovadas por perícia (Súmula n. 364, inciso I, do TST). Um exemplo desses trabalhadores é aquele que opera em bomba de gasolina, vide inteligência da Súmula n. 39 do TST.

O art. 193, caput, com redação dada pela Lei 12.740/2012 (publicada no DOU de 10.12.2012, data de sua entrada em vigor), estabelece as atividades ou operações consideradas perigosas, “na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho”, referindo-se “àquelas 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”. Anteriormente, a Lei 93.412/1986, de 20 de setembro de 1985 (regulamentada pelo Decreto 93.412/1986, revogada pela Lei 12.740/2012, estabelecia o direito ao adicional de periculosidade ao “empregado que exerce atividade no setor de energia elétrica.”¹⁵

Destarte, em agosto de 1955, foi instituído pela Lei nº 2.573, o adicional de periculosidade para os trabalhadores que exercem atividades em contato permanente com inflamáveis. A Lei nº 5.880, de 24 de maio de 1973, estendeu o adicional de periculosidade aos trabalhos com explosivos e a Lei n. 7.369, de 20 de setembro de 1985, aos empregados do setor de energia elétrica. A Constituição da República de 1988 criou o adicional pelo trabalho penoso, que ainda não foi regulamentado (OLIVEIRA, p. 130, 2010), adicional este que será tratado no próximo tópico.

Aos empregados que trabalham com explosivos ou inflamáveis nas condições relatadas é assegurado um adicional de 30% sobre o salário, sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participação nos lucros (§ 1º, art. 193 da CLT). Coerente com a exclusão constante desse dispositivo, a Súmula n. 70 do TST não autorizou a repercussão do adicional de periculosidade sobre gratificação ou adicional por tempo de serviço (triênios) conferidos pela Petrobrás aos seus empregados. Além do adicional de periculosidade previsto na CLT, a Lei n. 7.369, de 20 de setembro de 1985, instituiu, em favor dos empregados que exercem atividade no setor de energia elétrica, com sistema a elétrico de potência, em condições de risco ou com equipamento e instalações elétricas

¹⁵ GARCIA, Gustavo. *Curso de Direito do Trabalho*. 9ª edição. ed. FORENSE, 2015, p. 423.

similares, que ofereçam risco equivalente, ainda que em unidade consumidora de energia elétrica, um adicional de 30% sobre o salário que perceberem, deixando para o decreto regulamentador a especificação das atividades consideradas perigosas.¹⁶

No tocante ao adicional para empregados expostos a radiações ionizantes ou substâncias radioativas, estes foram incluídos somente com a Portaria n. 3.393, de 17 de dezembro de 1987, revogada pela Portaria nº 496/2002. Atualmente, verificam-se no anexo nº 5 da NR-15 do MTE. A Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público aprovou o Projeto de Lei 6.307/09, que instituiu adicional de periculosidade de 30% sobre a remuneração para policiais e bombeiros militares dos estados e do Distrito Federal.

Conforme a proposta, terá direito ao benefício o militar que comandar ou exercer, durante pelo menos 25% de sua jornada de trabalho, funções consideradas perigosas, como patrulhamento ostensivo, transporte de presos e combate a incêndio, entre outras (ADICIONAL, 2012).

Cumprido esclarecer que a Lei 12.997, de 18 de junho de 2014, que entrou em vigor na data da sua publicação, acrescentou o § 4º ao art. 193 da Consolidação das Leis do Trabalho, passando a dispor que “são também consideradas perigosas as atividades de trabalhador em motocicleta”. Assim, passou a ser devido adicional de periculosidade aos trabalhadores que exerçam função de “motoboy”, “mototaxista” e “carteiros”.

Com o fito de elucidar as celeumas acerca da incidência do adicional de periculosidade, a Súmula 191 do TST apresenta a seguinte previsão: “O adicional de periculosidade incide apenas sobre o salário básico e não sobre este acrescido de outros adicionais. Em relação aos eletricitários, o cálculo do adicional de periculosidade deverá ser efetuado sobre a totalidade das parcelas de natureza salarial”.

Ocorre que, após a alteração ocorrida no art. 193 da CLT pela Lei 12.740/2012, que revogou a Lei 7.369/1985, não se aplica mais a segunda parte da referida Súmula 191, passando a incidir o adicional de periculosidade para os eletricitários sobre o salário básico.

Importante esclarecer jurisprudência pátria nesse sentido:

¹⁶ BARROS, Alice. *Curso de Direito do Trabalho*. 8ª edição. ed. LTR, 2012, p. 625.

“TST - RECURSO DE REVISTA RR 18134320105010201 (TST)

Data de publicação: 24/04/2015

Ementa: BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE PERICULOSIDADE.

APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 191 DO TST. Nos termos da Súmula nº 191 do TST, "o adicional de periculosidade incide apenas sobre o salário básico e não sobre este acrescido de outros adicionais. Em relação aos eletricitários, o cálculo do adicional de periculosidade deverá ser efetuado sobre a totalidade das parcelas de natureza salarial." Assim o Tribunal Regional, ao entender que o adicional por tempo de serviço integra a base de cálculo do adicional de periculosidade, contrariou a primeira parte da jurisprudência transcrita. Recurso de revista conhecido e provido.”

“TST - RECURSO DE REVISTA RR 9054820125030075 (TST)

Data de publicação: 22/05/2015

Ementa: RECURSO DE REVISTA. ELETRICITÁRIO. BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. REDUÇÃO POR NORMA COLETIVA. 1. A jurisprudência desta Corte Superior, interpretando o art. 1º da Lei nº 7.369 /85, vigente à época da contratação do reclamante, é pacífica em reconhecer que, em relação aos eletricitários, o cálculo do adicional de periculosidade deve ser efetuado sobre a totalidade das parcelas de natureza salarial, consoante dispõe a Súmula nº 191 do TST. 2. Nesse contexto, é inválida a cláusula de convenção ou acordo coletivo de trabalho que fixa o salário base como base de cálculo do adicional de periculosidade dos eletricitários, por se tratar de direito infenso à negociação coletiva. 3. Ressalte-se que a Lei nº 12.740 /2012, que alterou o art. 193 da CLT, não interfere no entendimento sobre a base de cálculo do adicional de periculosidade, porquanto a contratação do reclamante ocorreu antes da edição da citada lei. Recurso de revista conhecido e provido. ”

Outrossim, o art. 6º, III da Lei nº 11.901/09 instituiu a periculosidade aos bombeiros civis em virtude de o perigo ser inerente à profissão.

O artigo 193 da CLT dispõe sobre o percentual de periculosidade da seguinte forma: “Art. 193 - São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem o contato permanente com inflamáveis ou explosivos em condições de risco acentuado. § 1º - O trabalho em condições de periculosidade assegura ao empregado um adicional de 30% sobre o salário sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos locais da empresa. § 2º - O empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido. “

Por fim, como o art. 193, § 2º, da CLT assegura o direito do empregado de optar entre o adicional de periculosidade e o adicional de insalubridade, tende a prevalecer o entendimento de que ele não faz jus ao recebimento de ambos os adicionais ao mesmo tempo, posicionamento este que, no entanto, merece fundada crítica, pois, se o empregado está exposto tanto ao agente insalubre como também à periculosidade, nada mais justo e

coerente do que receber ambos os adicionais (art. 7º, inciso XXIII, da CF/1988. Ainda quanto ao tema, remete-se o leitor ao Capítulo 31, item 31.28. De todo modo, ainda que o adicional de insalubridade tenha natureza salarial (Súmula 139 do TST), caso prevaleça o mencionado entendimento, mais tradicional, de que o recebimento do adicional de periculosidade afasta o direito ao adicional de insalubridade, não haveria, conseqüentemente, como integrá-lo no cálculo do adicional de periculosidade.¹⁷

Observa-se, conforme já explanado alhures, que o percentual estipulado para o adicional de periculosidade é de 30% sobre o salário contratual e não sobre o salário mínimo como o adicional de insalubridade. Também permanecendo sobre a responsabilidade do Ministério do Trabalho e Emprego o enquadramento das atividades e operações classificadas como perigosas. O MTE, por intermédio da NR-16, regulamenta as atividades e operações consideradas perigosas, em razão do uso de explosivos e inflamáveis, da seguinte forma: anexo 1 – atividades e operações perigosas com explosivos; anexo 2 – trata da periculosidade por inflamáveis. Importante gizar que o fator tempo de exposição ao risco é primordial para a caracterização da periculosidade. Desse modo, a exposição esporádica não ensejará o direito à percepção do adicional de periculosidade, tendo em vista que, quanto menor for a exposição do trabalhador, menor será o risco de acidente. Em que pese o art. 193 da CLT estabelecer contato permanente, o trabalhador que exercer atividades em condições perigosas de forma intermitente fará jus ao recebimento do respectivo adicional, já que assim decidiu o Tribunal Superior do Trabalho:

Súmula nº 361 –TST- Adicional de periculosidade. Eletricitários. Exposição intermitente. O trabalho exercido em condições perigosas, embora de forma intermitente, dá direito ao empregado a receber o adicional de periculosidade de forma integral, porque a Lei nº 7.369, de 20 de setembro de 1985 não estabeleceu nenhuma proporcionalidade em relação ao seu pagamento.

Neste sentido, a Súmula nº 364 prevê, ainda, a possibilidade de recebimento proporcional ao tempo de exposição quando for pactuado em acordo ou convenção coletiva. Observe-se:

“Súmula nº 364 - TST - Adicional de Periculosidade - Exposição Eventual, Permanente e Intermitente (cancelado o item II e dada nova redação ao item I) Tem o direito ao adicional de periculosidade o empregado exposto permanentemente ou que, de forma intermitente, sujeita-se a condições de risco. Indevido, apenas, quando o contato se dá de forma eventual, assim considerado o fortuito, ou o que, sendo habitual, dá-se por tempo extremamente reduzido. (ex-OJs da SBDI-1 nº 05 - Inserida em 14.03.1994 e nº 280 - DJ 11.08.2003) “

¹⁷ GARCIA, Gustavo. *Curso de Direito do Trabalho*. 9ª edição. ed. FORENSE, 2015, p. 427 e 428

É deveras importante mencionar que não só o trabalho permanente, porém também o de forma intermitente, concede ao trabalhador o direito ao recebimento do respectivo adicional, excluído, somente, o contato extremamente reduzido.

Salienta-se que o art. 193 da CLT não prevê a neutralização da periculosidade pelo uso de equipamento de proteção individual porque o perigo é inerente à atividade exercida.

3.4 ADICIONAL DE PENOSIDADE

O trabalho penoso consiste naquele onde a própria atividade exercida é o agente agressivo.

Ou seja, é aquele relacionado à exaustão, ao incômodo, à dor, ao desgaste, à concentração excessiva e à imutabilidade das tarefas desempenhadas que aniquilam o interesse, que levam o trabalho ao exaurimento de suas energias, extinguido o prazer entre a vida laboral e as atividades a serem executadas, gerando sofrimento, que pode ser revelado por dois grandes sintomas: insatisfação e ansiedade (MARQUES, 2007, p. 64 apud OLIVEIRA, p. 64, 2010).

Ressalte-se que o conceito de trabalho penoso se mostrou importante através do surgimento das aposentadorias especiais instituídas na Lei nº 3.807/60, as quais reduzem o tempo de serviço exercido em atividades insalubres, perigosas e penosas para fins de aposentadoria.

Assim, a Lei nº 8.112/90, que versa acerca do regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, estabeleceu adicional de penosidade nos seguintes termos:

“Art. 71. O adicional de atividade penosa será devido aos servidores em exercício em zonas de fronteira ou em localidades cujas condições de vida o justifiquem, nos termos, condições e limites fixados em regulamento. “

Nessa linha de intelecção, o servidor que exerce suas funções em zona de fronteiras ou em localidade cujas condições de vida justifiquem o recebimento do referido adicional, receberá esse sobressalário com o fito de compensar as dificuldades que a própria localidade dispõe.

Frise-se que a Carta Magna instituiu adicional para as atividades penosas, porém ainda não houve regulamentação por lei ordinária estipulando o percentual a ser pago pelo empregador. Mister se faz esclarecer o conceito de penoso descrito no dicionário eletrônico HOUAISS (2009): “penoso é aquilo que provoca pena ou sofrimento; que causa desconforto; que ocasiona dor; que exige esforço e trabalhado; difícil, complicado.”

Vale explanar jurisprudência pátria nesse sentido:

“STJ - RECURSO ESPECIAL REsp 1495287 RS 2014/0290215-4 (STJ)

Data de publicação: 07/05/2015

Ementa: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PROFESSORES UNIVERSITÁRIOS. PRETENSÃO DE RECEBIMENTO DO ADICIONAL DE ATIVIDADE PENOSA. ART. 71 DA LEI 8.112/1990. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO. NORMA DE EFICÁCIA LIMITADA. PRECEDENTE DA TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. 1. Os recorrentes são professores universitários federais, exercendo suas atividades na Universidade Federal do Pampa - UNIPAMPA, no campus universitário de Dom Pedrito/RS, e sustentam que fazem jus ao recebimento de Adicional de Atividade Penosa, ou Adicional de Fronteira, em razão do desempenho de suas funções em Zona de Fronteira, nos termos do art. 71 da Lei 8.112/1990. 2. O inciso IV do art. 61 da Lei 8.112/1990 assegurou aos servidores públicos civis da União, das autarquias, inclusive as em regime especial, e das fundações públicas federais, o direito a percepção de um adicional pelo exercício de atividades insalubres, perigosas ou penosas. 3. Acerca do Adicional de Atividade Penosa, dispõem arts. 70 e 71 da Lei 8.112/1990: "Art. 70. Na concessão dos adicionais de atividades penosas, de insalubridade e de periculosidade, serão observadas as situações estabelecidas em legislação específica. Art. 71. O adicional de atividade penosa será devido aos servidores em exercício em zonas de fronteira ou em localidades cujas condições de vida o justifiquem, nos termos, condições e limites fixados em regulamento". 4. Da leitura dos dispositivos infraconstitucionais, observa-se que o legislador derivado decorrente estabeleceu de forma expressa que a concessão do Adicional de Atividade Penosa aos servidores públicos federais depende de "termos, condições e limites previstos em regulamento", evidenciado, assim, o caráter de norma de eficácia limitada do art. 71 da Lei 8.112/1990, porquanto a concessão da referida vantagem aos servidores públicos federais dependente de regulamentação. 5. Hely Lopes Meirelles. ”

Interessante mostrar o trabalho da psicóloga e estudiosa da saúde do trabalhador, Leny Sato (1994, p. 41 apud OLIVEIRA, 2010, p. 176), que relacionou os trabalhos em condições penosas, sendo eles: esforço físico intenso no levantamento, transporte, movimentação, carga e descarga de objetos, materiais, produtos e peças; posturas incômodas, viciosas e fatigantes; esforços repetitivos; alternância de

horários de sono e vigília ou de alimentação; utilização de equipamentos de proteção individual que impeçam o pleno exercício de função fisiológicas, como tato, audição, respiração, visão, atenção, que leve à sobrecarga física e mental; excessiva atenção ou concentração; contato com o público que acarrete desgaste psíquico; atendimento direto de pessoas em atividades de primeiros socorros, tratamento e reabilitação que acarretem desgaste psíquico e físico; trabalho direto com pessoas em atividades de atenção, desenvolvimento e educação que acarretem desgaste psíquico e físico; confinamento ou isolamento; contato direto com substâncias, objetos ou situações repugnantes e cadáveres humanos e animais; trabalho direto na captura e sacrifício de animais.

Ademais, resta evidente que o conceito de atividade penosa é deveras subjetivo, de modo que ainda não foi regulamentado juridicamente e não possui eficácia para ser percebido pelos trabalhadores. Assim, seria um grande avanço que os empregados fossem contemplados com o referido adicional.

3.5 DA (IM) POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS

Conforme amplamente esposado nos tópicos anteriores, para minorar os danos à saúde do trabalhador, face o ambiente que desenvolve suas atividades, a Carta Magna manteve os adicionais de remuneração que já existiram desde a Lei nº 185, de 14.01.1936 (o adicional de insalubridade), e da Lei nº 2.573, de 15.08.1955 (o adicional de periculosidade), ambos abarcados pela Consolidação das Leis do Trabalho. A Constituição Federal de 1988 criou outro adicional, de atividades penosas, mas até hoje carece de regulamentação.

O § 2º do artigo 193 da CLT dispõe que: “o empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade lhe porventura lhe seja devido.”

O referido dispositivo legal, em que pese seja anterior à Constituição Federal de 1988, veio interpretar o direito à percepção de dois adicionais, vedada a cumulação de ambos e criando uma alternativa ao empregado.

Neste sentido, vale ressaltar novamente a NR nº 15, no item 3 (Portaria MTb nº 3.214, de 08.06.78: “No caso de incidência de mais de um fator de insalubridade,

será apenas considerado o de grau mais elevado, para efeito de acréscimo salarial, sendo vedada a percepção cumulativa. ”

Em outros termos, a legislação infraconstitucional brasileira, interpretando de forma extremamente literal o preceito da Lei Maior (art. 7º, XXIII), e desatenta às medidas as quais, em nível mundial, têm sido tomadas para a preservação do bem-estar do trabalhador, manteve a impossibilidade de cumulação dos dois adicionais, mediante essa a “opção forçada” do empregado (art. 293, § 2º, da CLT) e, ainda que a insalubridade seja verificada em mais um fator, somente terá direito o empregado ao valor do grau mais elevado, vedada a sua percepção cumulativa, isto é, de dois adicionais de insalubridade (NR nº 15, item 15.3).

Desde há algum tempo que a doutrina vem tentando cumular (ou acumular, expressões sinônimas) os dois adicionais. Por isso, com a lucidez peculiar, Rodrigues Pinto apontou: “causa profunda espécie que o art. 193, § 2º, da CLT, herdando restrição levantada desde a Lei nº 2.573/55, que instituiu o adicional de periculosidade, tenha aberto ao empregado submetido às duas condições mais severas de serviço, simultaneamente, o direito de “optar” pelo adicional de insalubridade que porventura seja devido, quando provado pericialmente que também trabalhou em condição perigosa. Explicação jurídica não encontramos para isso daí entendermos ter havido uma recaída do legislador em favor do poder econômico.¹⁸

Diante do exposto, considerando as regras vigentes no Brasil, permanece aqui a crítica a não cumulação dos dois adicionais. Isto porque se o empregado se expõe tanto a um agente insalubre, como a um agente perigoso, nada mais coerente que perceber os dois adicionais tendo em vista que os fatos geradores são autônomos e distintos.

Sendo assim, e com respaldo na Convenção nº 155, devemos considerar que o adicional de insalubridade é devido pelas atividades insalubres que o obreiro desenvolver, considerando cada um dos agentes insalubres. Se forem dois agentes, o adicional de insalubridade deve ser devido duas vezes, considerando, em cada caso, o percentual correspondente, conforme fixado nas NRs do MTE. Não é só uma forma de melhor remunerar o trabalhador, ao contrário, é um meio de obrigar o empregador a reduzir os níveis de insalubridade.¹⁹

A jurisprudência dominante ainda é pela impossibilidade da cumulação dos adicionais. Todavia, as decisões contrárias a este entendimento embasam-se em diversos fundamentos e vem ganhando força. Para análise mais aprofundada, toma-se como paradigma a seguinte decisão:

¹⁸ FILHO, Georgenor. *Revista Magister de Direito do Trabalho* Nº 52, 2013, pag. 30.

¹⁹ FILHO, Georgenor. *Revista Magister de Direito do Trabalho* Nº 52, 2013, pag. 33.

O tema tem sido objeto de debate por esta Turma Julgadora. (...)

Conforme se depreende da leitura da ementa, o exame da controvérsia atinente à possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade depende da análise da estrutura do ordenamento jurídico, o qual é regido pela Carta Magna, devendo as normas infraconstitucionais observar os princípios constitucionais. Constatou no corpo do mencionado acórdão, o qual adoto como razões de decidir, o seguinte:

Em se tratando de direito ordinário pré-constitucional, com conteúdo contrário às normas advindas de uma nova Constituição, a consequência será distinta: ocorrerá a não-recepção de tal regramento, hipótese que prescindirá da manifestação plenária (cláusula 'reserva de plenário' - artigo 97 da Lex Fundamentalís), ou seja, as normas anteriormente editadas perdem condição de sustentabilidade em função do novo regramento introduzido e, com isso, deixam de ter o que se pode denominar de 'aderência constitucional', condição imprescindível para que possam continuar a produzir seus efeitos. (...)

Significa, nessa linha, afirmar da desnecessidade de pronunciamento do plenário desta Corte sobre o tema ora enfrentado, em face do regramento constitucional, cuja principal indagação consiste em saber da possibilidade de percepção cumulativa dos adicionais de periculosidade e insalubridade, cujo direito encontra-se previsto, respectivamente, nos artigos 192 e 193, §1º, da CLT, e também é garantido no artigo 7º, XXIII, da Constituição Federal, norma última cujo inteiro teor transcreve-se:

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

(...)

XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei.' (destaquei).

Da interpretação do preceito constitucional referido, extrai-se a conclusão no sentido de que o legislador constituinte assegurou de forma plena o direito ao recebimento dos adicionais de penosidade, insalubridade e periculosidade, sem qualquer ressalva no que tange à cumulação, ainda que tenha remetido sua regulação à lei ordinária, o que ocorre por intermédio de dispositivos da CLT e de Normas Regulamentadoras.

Ao caso, interessa o disposto no artigo 193, § 2º, da CLT, incluído pela Lei nº 6.514, de 22/12/1977, ainda em vigor, e o item 16.2.1 da NR-16 da Portaria nº 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego, que preveem a possibilidade de opção, em caso de cumulação. (...)

A análise conjunta desses dispositivos poderia conduzir à ilação de que a regência por lei ordinária mencionada no dispositivo constitucional autorizaria o acolhimento da restrição nelas imposta, no sentido da impossibilidade de percepção conjunta de ambos os acréscimos.

Contudo, a meu sentir, outra é a interpretação, a partir da afirmação de que não há como se sustentar a recepção das normas acima citadas pela Constituição Federal de 1988.

A possibilidade da cumulação dos adicionais se justifica em virtude da origem dos direitos serem diversos. Não se há de falar em bis in idem. No caso da insalubridade, o bem tutelado é a saúde do obreiro, haja vista as condições nocivas presentes no meio ambiente de trabalho; já a periculosidade, traduz situação de perigo iminente que, uma vez ocorrida, pode ceifar a vida do trabalhador, sendo este o bem a que se visa proteger. São bens jurídicos diversos e com tratamento normativo distinto, seja quanto às hipóteses de cabimento, seja quanto aos percentuais, seja quanto à base de cálculo. (...)

Desse modo, apesar da necessidade de regulamentação da norma constitucional, não poderia a legislação infraconstitucional ultrapassar o limite por ela imposto e instituir norma menos benéfica ao trabalhador em detrimento da garantia insculpida no artigo 7º, caput, da Constituição Federal, de estipulação de outros direitos que visem à melhoria de sua

condição social e, especialmente, em desrespeito ao princípio de proteção da dignidade da pessoa humana do obreiro.

Na hipótese, o legislador infraconstitucional estaria apto a tratar de detalhes necessários à efetivação do direito aos adicionais, como, por exemplo, regular as situações que caracterizam a insalubridade ou periculosidade no meio ambiente de trabalho, contudo, sem a permissão de alterar o núcleo essencial da aludida regra. A regulamentação complementar prevista no artigo 7º, XXIII, deve-se pautar pelos princípios e valores insculpidos no texto constitucional, como forma de alcançar, efetivamente, a finalidade da norma. (...)

Portanto, a orientação jurisprudencial que predomina, no sentido de que são inacumuláveis os adicionais de insalubridade e de periculosidade, frustra, a nosso ver, o desígnio constitucional e também o compromisso assumido pelo Brasil quando ratificou as convenções 148 e 155 da OIT; em rigor, essa orientação relativiza o direito fundamental à compensação monetária pela exposição a agentes nocivos à saúde ou à integridade física do trabalhador. Diante dos argumentos expostos, percebe-se claramente que o artigo 193, § 2º, da CLT e o item 16.2.1 da NR-16 da Portaria nº 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego não foram recebidos pela atual Constituição, uma vez que os seus conteúdos não se coadunam com os princípios e regras trazidos no texto constitucional. Trata-se da chamada incompatibilidade material.

O papel do intérprete é atribuir à interpretação constitucional a máxima efetividade, a fim de que possa, de imediato, produzir as consequências desejadas pelo constituinte e, assim, conformar o comportamento social ao quanto por ela desejado. (...)

E outra não me parece haver sido a 'vontade constitucional', no que toca à hipótese de percepção simultânea e cumulativa, em sendo diversos, agentes agressivos à saúde (insalubridade) e risco de vida, em face do contato com substância inflamáveis ou explosivas em condições de risco acentuado (periculosidade).

Se tais argumentos não fossem suficientes, outro fator que sustenta a inaplicabilidade dos preceitos analisados é a introdução no sistema jurídico interno das Convenções Internacionais nos 148, promulgada pelo Decreto nº 93.413 de 15/10/86, com vigência nacional a partir de 14 de janeiro de 1983, e 155, promulgada pelo Decreto nº 1.254 de 29/09/94, com vigência nacional a partir de 18 de maio de 1993.

As normas internacionais incorporadas passaram a admitir a hipótese de cumulação dos adicionais e estabelecem critérios e limites dos riscos profissionais em face da exposição simultânea a vários fatores nocivos. É o que se extrai dos trechos abaixo citados:

'Artigo 8.3. Os critérios e limites de exposição deverão ser fixados, completados e revisados a intervalos regulares, de conformidade com os novos conhecimentos e dados nacionais e internacionais, e tendo em conta, na medida do possível, qualquer aumento dos riscos profissionais resultante da exposição simultânea a vários fatores nocivos no local de trabalho.'
(Convenção nº 148 da OIT - destaquei);

'Artigo 11. Com a finalidade de tornar efetiva a política referida no artigo 4 da presente Convenção, a autoridade ou as autoridades competentes deverão garantir a realização progressiva das seguintes tarefas:

(...)

b) a determinação das operações e processos que serão proibidos, limitados ou sujeitos à autorização ou ao controle da autoridade ou autoridades competentes, assim como a determinação das substâncias e agentes aos quais estará proibida a exposição no trabalho, ou bem limitada ou sujeita à autorização ou ao controle da autoridade ou autoridades competentes; deverão ser levados em consideração os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultâneas a diversas substâncias ou agentes.'
(Convenção nº 155 da OIT - destaquei).

Sendo diferentes os fatores de risco à saúde, cada um dos adicionais de periculosidade e insalubridade busca compensar o trabalhador pela exposição particularizada a cada um deles e, caso ocorra simultaneamente, a regra internacional autoriza sejam considerados, de igual modo, também de modo cumulativo, como assinalado nas conclusões lançadas acima. (...) Dúvidas não subsistem quanto ao fato de as aludidas Convenções nºs 148 e 155 serem normas de direitos humanos, considerando a peculiar circunstância de versarem, a primeira, sobre Meio Ambiente do Trabalho (Ruído e Vibrações) e Segurança e Saúde dos Trabalhadores, a segunda. Significa afirmar que, antes da manifestação da Excelsa Corte, poderia até ser sustentada a tese de ocorrência de conflitos de norma de hierarquia equivalente e, por isso mesmo, a prevalência do argumento da incompatibilidade entre ambas. Contudo, a partir de então, se as Convenções mencionadas situam-se acima da legislação consolidada, as suas disposições hão de prevalecer, tal como ocorreu com a autorização da prisão civil decorrente da condição de depositário infiel, afastada do ordenamento jurídico pátrio por decisão do STF.

Ademais, por se tratarem de normas posteriores, especiais e, ainda, mais benéficas ao trabalhador, devem prevalecer sobre as disposições contidas no artigo 193, § 2º, da CLT e no item 16.2.1 da NR-16 da Portaria nº 3.214 do Ministério do Trabalho e Emprego. (...)

Em síntese conclusiva, afirmo:

a) o direito aos adicionais de insalubridade e periculosidade é assegurado no artigo 7º, XXIII, da Constituição Federal, de forma plena, sem qualquer ressalva no que tange à cumulação;

b) a possibilidade de regulação por lei ordinária, mencionada no citado dispositivo, não autoriza a redução do alcance do preceito constitucional, em interpretação restritiva, sob pena de atingir, frontalmente, o princípio da máxima efetividade da Constituição;

18

c) mesmo que não se reconheça a natureza de normas materialmente constitucionais dos tratados internacionais sobre direitos humanos, a jurisprudência consolidada do STF lhes reconhece status de supralegalidade, o que significa afirmar estarem em patamar de hierarquia superior à CLT;

d) em virtude de constituírem instrumentos consagradores de direitos sociais, as convenções da OIT correspondem a tratados de direitos humanos e, por conseguinte, possuem tal hierarquia normativa, além de conteúdo mais favorável;

e) as Convenções nº 148 e 155 determinam sejam levados em consideração os riscos para a saúde, decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes, o que é representado, no Brasil, no caso em tela, pela compensação propiciada pela percepção dos adicionais de insalubridade e periculosidade;

f) tais convenções derogaram a regra prevista no art. 193, § 2º, da CLT e o item 16.2.1 da NR-16 da Portaria nº 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego, no que se refere à percepção de apenas um adicional, em caso de estar o empregado sujeito a condições insalubres e perigosas no trabalho executado. (...)

Registre-se, finalmente, que não se está desconhecendo a jurisprudência desta Casa em sentido diverso do que se sustenta na presente decisão, na medida em que não há precedentes na SDI que analisaram o tema a partir da natureza atribuída às convenções internacionais da OIT, em função do quanto decidido pelo STF.

Parte-se do pressuposto da presença do elemento de distinção que faz afastar a força dos precedentes anteriores e serve como mola propulsora da possibilidade de revisão da jurisprudência da Casa, mesmo porque com ela não conflita; ao contrário, apenas são luzes distintas que apontam na em outra direção, em decorrência de alteração promovida nas normas jurídicas que embasam a postulação a indicar a existência de elementos de distinção

capazes de afastar a incidência do precedente, denominados pela doutrina como *distinguishing*, em virtude de não haver coincidência entre os elementos fáticos principais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica) constante do precedente - o que não corresponde ao caso presente - ou, a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente, como assinala Fredie Didier Jr. (DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. V. II. 6ª ed. Salvador: Jus Podium, 2011. p. 386). A peculiaridade reside exatamente na decisão do STF que elevou ao patamar de supralegalidade as convenções da OIT e o tema, sob essa ótica, não haver sido examinada, como assinalado. Destarte, irretocável a decisão regional que reconheceu a possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. Portanto, é possível a percepção dos adicionais de periculosidade e de insalubridade, de forma cumulativa, pois tais direitos encontram-se previstos nos arts. 7º, XXIII, da Constituição Federal; 192 e 193, § 1º, da CLT; e decorrem de fatos geradores diversos.

Analisando os fundamentos explanados, a referida Turma entende que, a partir do momento em que declarada a natureza jurídica supralegal dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, as Convenções n. 148 e n. 155 da OIT passaram a fazer frente à anterior interpretação do art. 193, § 2º, da CLT e do item 16.2.1 da NR-16 da Portaria nº 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego, quanto à percepção de apenas um adicional, em caso de estar o trabalhador sujeito a condições insalubres e perigosas no trabalho executado. Ademais, a Carta Magna teria tratado dos adicionais sem a imposição de restrições, de forma que não recepcionado o referido artigo da CLT, ou seja, não recepcionada a regra que dispõe que o empregado deve optar pela percepção do adicional de insalubridade ou de periculosidade.

Outrossim, nem a nova tendência jurisprudencial, nem a própria imposição do pagamento dos adicionais de insalubridade e de periculosidade em si são compatíveis com as tendências atuais das políticas de prevenção no trabalho.

Destaque-se jurisprudência, também, em sentido contrário, prevendo a cumulação dos adicionais:

“TRT-2 - RECURSO ORDINÁRIO RO 00022934620125020064 SP 00022934620125020064 A28 (TRT-2)

Data de publicação: 29/05/2015

Ementa: CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE. Importante observar que os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil gozam de hierarquia supralegal. As disposições contidas na Convenção n. 155 da OIT, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 2, de 17.03.92, ratificada em 18.05.92 e promulgada pelo Decreto n. 1.254, de 29.09.94, devem prevalecer sobre àquelas

constantes do § 2º, do art. 193 da CLT e do item 15.3 da NR-15. A norma constitucional, quando tratou do "adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas", não estabeleceu qualquer impedimento à sua cumulação, até porque os adicionais são devidos por causas e com fundamentos absolutamente diversos. A impossibilidade de percepção cumulada dos adicionais de periculosidade e insalubridade constante do § 2º, do art. 193 da CLT e do item 15.3 da NR-15 não se mostra compatível com as normas constitucionais mencionadas, notadamente ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho e ao meio ambiente laboral saudável. ”

“TST - RECURSO DE REVISTA RR 18718720135120022 (TST)

Data de publicação: 14/08/2015

Ementa: RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015 /2014. CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E SUPRALEGAIS SOBRE A CLT. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO STF QUANTO AO EFEITO PARALISANTE DAS NORMAS INTERNAS EM DESCOMPASSO COM OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INCOMPATIBILIDADE MATERIAL. CONVENÇÕES NOS 148 E 155 DA OIT. NORMAS DE DIREITO SOCIAL. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. NOVA FORMA DE VERIFICAÇÃO DE COMPATIBILIDADE DAS NORMAS INTEGRANTES DO ORDENAMENTO JURÍDICO. A previsão contida no artigo 193 , § 2º , da CLT não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 7º , XXIII , garantiu de forma plena o direito ao recebimento dos adicionais de penosidade, insalubridade e periculosidade, sem qualquer ressalva no que tange à cumulação, ainda que tenha remetido sua regulação à lei ordinária. A possibilidade da aludida cumulação se justifica em virtude de os fatos geradores dos direitos serem diversos. Não se há de falar em bis in idem. No caso da insalubridade, o bem tutelado é a saúde do obreiro, haja vista as condições nocivas presentes no meio ambiente de trabalho; já a periculosidade traduz situação de perigo iminente que, uma vez ocorrida, pode ceifar a vida do trabalhador, sendo este o bem a que se visa proteger. A regulamentação complementar prevista no citado preceito da Lei Maior deve se pautar pelos princípios e valores insculpidos no texto constitucional, como forma de alcançar, efetivamente, a finalidade da norma. Outro fator que sustenta a inaplicabilidade do preceito celetista é a introdução no sistema jurídico interno das Convenções Internacionais nos 148 e 155, com status de norma materialmente constitucional ou, pelo menos, supralegal, como decidido pelo STF. “

Diante do exposto, conclui-se que o § 2º do art. 193 da CLT está revogado tacitamente face a ratificação e entrada em vigor, no Brasil, da Convenção nº 155 da OIT; deve ser revista a regulamentação inserida na NR nº 15 do MTE para que fique de acordo com a realidade legal; é possível a cumulação de tantos adicionais de insalubridade ou de periculosidade quantos forem os agentes nocivos à saúde do empregado.

3.6 NEUTRALIZAÇÃO DA INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE

A eliminação ou neutralização da insalubridade está prevista na Consolidação das Leis do Trabalho, pela inteligência do dispositivo abaixo:

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.

As medidas de proteção à saúde do trabalhador estão atreladas ao ambiente de trabalho e a medidas individuais.

As medidas relativas ao ambiente de labor compreendem aquelas com o fito de eliminar o agente em sua fonte e trajetória, como por exemplo a instalação de um sistema de exaustão sobre uma bancada de polimento, onde há grande geração de poeira. Outrossim, não sendo possível ou suficiente o controle no ambiente, deve-se utilizar o controle individual. Dentre as medidas individuais que podem ser aplicadas, a legislação prevê o uso de EPI – Equipamento de Proteção individual, estabelecendo-se que deverá ele diminuir a intensidade do agente a limites de tolerância. (SALIBA; CORRÊA, 2011, p. 21).

Neste sentido, a NR-6 prevê que a empresa é obrigada a fornecer gratuitamente o EPI (equipamento de proteção individual) adequado à atividade, treinar o trabalhador para o uso e torná-lo obrigatório, por sua vez, o trabalhador é obrigado a conservar e usar o EPI (SALIBA; CORRÊA, 2011, p.21), porém a fiscalização do uso correto cabe ao empregador que poderá, inclusive, dispensar o empregado por justa causa caso este venha a negar a utilização do equipamento de proteção individual, tendo em vista que é totalmente responsável pelos danos sofridos pelo empregado no ambiente de trabalho, utilizando-se, portanto, do seu direito potestativo.

Insta destacar decisão do TRT da 2ª região a respeito do poder potestativo do empregador face o empregado desidioso:

DANO MORAL. ACIDENTE DO TRABALHO. NÃO UTILIZAÇÃO DE EPI'S. É o empregador quem dirige seus empregados e tem o direito potestativo de dispensar, inclusive por justa causa, aquele que não cumpre as normas de segurança (CLT , art. 158 c.c. art. 482). O dever de tomar as medidas

necessárias para o desenvolvimento seguro da atividade laboral é inerente ao risco do negócio. A inobservância desse dever evidencia a culpa da ré.. DANO MORAL E MATERIAL, Geral Número: 20090848645. (RO 2234200800702000, TRT-2, Relator: Rafael E. Pugliese Ribeiro, 6º Turma, data de publicação:09/10/2009)

Assim, inegável que a responsabilidade sobre o empregado acidentado recai sobre o empregador. Então, caso venha a ser notado que o funcionário se nega a utilizar os equipamentos de segurança, terá o pleno direito de dispensá-lo por justa causa. Algumas obrigações da empresa para com o empregado estão elencadas no art. 389 da CLT, *in verbis*:

Art. 389 - Toda empresa é obrigada:

I - a prover os estabelecimentos de medidas concernentes à higienização dos métodos e locais de trabalho, tais como ventilação e iluminação e outros que se fizerem necessários à segurança e ao conforto das mulheres, a critério da autoridade competente;

II - a instalar bebedouros, lavatórios, aparelhos sanitários; dispor de cadeiras ou bancos, em número suficiente, que permitam às mulheres trabalhar sem grande esgotamento físico;

III - a instalar vestiários com armários individuais privativos das mulheres, exceto os estabelecimentos comerciais, escritórios, bancos e atividades afins, em que não seja exigida a troca de roupa e outros, a critério da autoridade competente em matéria de segurança e higiene do trabalho, admitindo-se como suficientes as gavetas ou escaninhos, onde possam as empregadas guardar seus pertences;

IV - a fornecer, gratuitamente, a juízo da autoridade competente, os recursos de proteção individual, tais como óculos, máscaras, luvas e roupas especiais, para a defesa dos olhos, do aparelho respiratório e da pele, de acordo com a natureza do trabalho.

Cumprido ressaltar, da análise dos incisos alhures destacados, a preocupação do legislador com as normas de saúde e higiene ocupacionais, estabelecendo, por exemplo, iluminação e ventilação adequadas ao ambiente de labor, bem como equipamentos como bancos para proporcionar conforto aos empregados, almejando a diminuição de esgotamento físico e doenças ocupacionais.

No que se refere ao adicional de periculosidade, este será devido mesmo com o uso de EPI, tendo em vista que o perigo é inerente à atividade, não sendo possível sua eliminação/neutralização, como, por exemplo, o frentista de posto de combustível.

O adicional de insalubridade, por sua vez, será suprimido toda vez que o uso de EPI diminuir os riscos à saúde do trabalhador a níveis abaixo dos limites de tolerância, consoante disposto no artigo 194 da CLT:

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.

Neste sentido, as súmulas nº 80 e 289 do TST estabelecem:

Súmula nº 80 – TST- Insalubridade A eliminação da insalubridade, pelo fornecimento de aparelhos protetores aprovados pelo órgão competente do Poder Executivo, exclui a percepção do respectivo adicional. Súmula nº 289 - TST – Insalubridade. Adicional. Fornecimento do aparelho de proteção. Efeito. 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.

Fica claro, portanto, que não é todo e qualquer uso dos equipamentos de proteção que eximirão o empregador de adimplir o adicional de insalubridade haja vista que essa medida de proteção tem que ser capaz de eliminar, ou então diminuir, a nocividade dos agentes para os níveis de tolerância.

Isto porque há agentes incapazes de serem neutralizados, como por exemplo os agentes biológicos. A insalubridade por agentes biológicos é inerente à atividade, isto é, não há eliminação com medidas aplicadas ao ambiente nem neutralização com o uso de EPIs. A adoção de sistema de ventilação e o uso de luvas, máscaras e outros equipamentos que evitem o contato com agentes biológicos podem apenas minimizar os risco (SALIBA; CORRÊA, 2011, p.145).

Existe, portanto, a avaliação quantitativa e a qualitativa, sendo que esta última não possui um limite pré-fixado pelo MTE, carecendo de perícia no local de trabalho para avaliação da intensidade e tempo de exposição, da forma como a atividade é exercida e o tipo de agressor ao qual o empregado está em contato.

Conforme já explanado no presente trabalho, o Brasil adotou a teoria da monetização do risco, consistente na compensação financeira ao trabalhador através de adicionais de insalubridade, periculosidade e penosidade, ao invés de maiores investimentos nas empresas, redução de jornadas de trabalho, dentre outras alternativas que visam a minimização e até mesmo eliminação dos agentes nocivos, como acontece em diversos países.

Para estar em conformidade com o restante do mundo, o Brasil precisa seguir a tendência da evolução das políticas em saúde e segurança do trabalho que é no sentido da prevenção com a respectiva redução ou eliminação dos riscos.

Neste sentido, o direito comparado reforça o fato de que as regras de consideração de incidência de riscos simultâneos e cumulativos, bem como de constante revisão das normas de saúde e segurança não compreendem o mero pagamento de adicionais.

No México, Itália, Alemanha e Estados Unidos, os acordos coletivos preveem remuneração superior (e não compensação adicional) para o trabalho em condições de risco. Nos países supracitados, o mais relevante é a premissa de manutenção de um ambiente de trabalho sadio e que previna os riscos do trabalho (Saad, Saad e Branco, 2005, p. 201).

E há ainda outros (Oliveira, 2010, p. 118):

(...) em 1980, a Holanda estabeleceu que os perigos para a segurança ou a saúde dos trabalhadores deverão, na medida do possível, com caráter prioritário, prevenir-se na origem ou limitar-se o quanto seja possível. (...) A legislação da Suíça, de 1993, menciona providências de isolamento acústico ou isolamento das fontes de ruído, aspiração eficaz do ar contaminado ou colocação da fonte em local separado, além de observância dos princípios da ergonomia. O Código do Trabalho do Paraguai, de 1993, também estabelece que o empregador deverá avaliar, evitar e combater os riscos na sua própria origem. Em Portugal, Lei de 2009, que trata do regime jurídico da promoção da segurança e saúde no trabalho, estabelece como obrigação do empregador “a identificação dos riscos previsíveis em todas as atividades da empresa, estabelecimento ou serviço, na concepção ou construção de instalações, de locais e processos de trabalho, assim como na seleção de equipamentos, substâncias e produtos, com vista à eliminação dos mesmos ou, quando esta seja inviável, à redução dos seus efeitos”. Prevê também o “combate aos riscos na origem, por forma a eliminar ou reduzir a exposição e aumentar os níveis de proteção”.

Todavia existem ainda outros aspectos que sobressaem do exame dessas legislações. O primeiro ponto é que não há diferenciação entre insalubridade e periculosidade – definem-se aspectos que possam trazer prejuízos à saúde ou à vida do empregado de forma ampla sob a perspectiva da prevenção (ou seja, na legislação comparada não há que se falar em proteção de diferentes bens jurídicos, como afirma a jurisprudência dissidente do TST; trata-se ali apenas dos riscos de maneira geral).

Ao contrário, claramente se percebe que as obrigações do empregador são no sentido da prevenção e que o empregado também é responsável pela manutenção das condições de saúde e segurança no trabalho.

Esse é, portanto, um aspecto crucial para manutenção de um ambiente de trabalho seguro. O empregado possui responsabilidade na preservação do ambiente, na adoção de ações preventivas, no uso de equipamentos de proteção, na cooperação com o empregador, cumprindo as instruções passadas - entretanto a legislação brasileira contempla de forma muito superficial essa questão.

Por fim, em nenhum dos países em destaque acima se identifica na legislação determinações para que sejam adimplidos adicionais de qualquer tipo mediante o trabalho em condições perigosas e/ou insalubres.

3.6.1 Equipamentos de proteção individual

Conforme explanado em tópicos anteriores, os Equipamentos de Proteção Individual – EPI, são utilizados pelos trabalhadores com o fito de minimizar ou neutralizar a incidência dos agentes nocivos à saúde.

Consoante inteligência da Súmula 80 do TST, o fornecimento de EPI aprovado pelo órgão competente do Poder Executivo poderá eliminar o agente agressivo gerador do adicional de insalubridade.

O Equipamento de Proteção Individual - EPI é todo dispositivo ou produto, de uso individual utilizado pelo trabalhador, destinado a proteção contra riscos capazes de ameaçar a sua segurança e a sua saúde.

O uso deste tipo de equipamento só deverá ser feito quando não for possível tomar medidas que permitam eliminar os riscos do ambiente em que se desenvolve a atividade, ou seja, quando as medidas de proteção coletiva não forem viáveis, eficientes e suficientes para a atenuação dos riscos e não oferecerem completa proteção contra os riscos de acidentes do trabalho e/ou de doenças profissionais e do trabalho.

Os equipamentos de proteção coletiva - EPC são dispositivos utilizados no ambiente de trabalho com o objetivo de proteger os trabalhadores dos riscos inerentes aos processos, tais como o enclausuramento acústico de fontes de ruído, a ventilação dos locais de trabalho, a proteção de partes móveis de máquinas e equipamentos, a sinalização de segurança, dentre outros.

Como o EPC não depende da vontade do trabalhador para atender suas finalidades, este tem maior preferência pela utilização do EPI, já que colabora no processo minimizando os efeitos negativos de um ambiente de trabalho que apresenta diversos riscos ao trabalhador.

Portanto, o EPI será obrigatório somente se o EPC não atenuar os riscos completamente ou se oferecer proteção parcialmente.

Conforme dispõe a Norma Regulamentadora 6, a empresa é obrigada a fornecer aos empregados, gratuitamente, EPI adequado ao risco, em

perfeito estado de conservação e funcionamento, nas seguintes circunstâncias:

a) sempre que as medidas de ordem geral não ofereçam completa proteção contra os riscos de acidentes do trabalho ou de doenças profissionais e do trabalho;

b) enquanto as medidas de proteção coletiva estiverem sendo implantadas; e

c) para atender a situações de emergência.

Compete ao Serviço Especializado em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho - SESMT, ou a Comissão Interna de Prevenção de Acidentes - CIPA nas empresas desobrigadas de manter o SESMT, recomendar ao empregador o EPI adequado ao risco existente em determinada atividade.

Os tipos de EPI's utilizados podem variar dependendo do tipo de atividade ou de riscos que poderão ameaçar a segurança e a saúde do trabalhador e da parte do corpo que se pretende proteger, tais como: Proteção auditiva: abafadores de ruídos ou protetores auriculares; Proteção respiratória: máscaras e filtro; Proteção visual e facial: óculos e viseiras; Proteção da cabeça: capacetes; Proteção de mãos e braços: luvas e mangotes; Proteção de pernas e pés: sapatos, botas e botinas; Proteção contra quedas: cintos de segurança e cinturões.²⁰

Assim, o equipamento de proteção individual apenas poderá ser posto à venda ou utilizado com a indicação do Certificado de Aprovação do Ministério do trabalho (art. 167, CLT).

Cabe ao empregador, quanto ao EPI, adquirir o adequado ao risco de cada atividade; exigir seu uso; fornecer ao trabalhador somente o aprovado pelo órgão nacional competente em matéria de segurança e saúde no trabalho; orientar e treinar o trabalhador sobre o uso adequado, guarda e conservação; substituir imediatamente, quando danificado ou extraviado; responsabilizar-se pela higienização e manutenção periódica e comunicar ao MTE qualquer irregularidade observada.

Cabe ao empregado, por sua vez, usar apenas para a finalidade a que se destina; responsabilizar-se pela guarda e conservação; comunicar ao empregador qualquer alteração que o torne impróprio para uso e cumprir as determinações do empregador sobre o uso adequado.

No âmbito do trabalho rural, cabe destacar a NRR 4, instituída pela Portaria 3.067/1988, mas destacando-se que, atualmente, prevalecem as disposições da NR 31, item 30.20 (conforme Portaria 86/2005, que trata de medida de proteção individual).

²⁰ PANTALEÃO, Sergio. *EPI - EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL - NÃO BASTA FORNECER É PRECISO FISCALIZAR*, 2017, disponível em www.guiatrabalhista.com.br, acessado em 1 de agosto de 2017.

Frise-se que, em caso de acidente de trabalho, por falta de fiscalização do empregador quanto ao uso do EPI, implica em responsabilização do mesmo. Cumpre destacar jurisprudência pátria nesse sentido:

TRT-14 - RECURSO ORDINARIO TRABALHISTA RO 6720080921400 RO 00067.2008.092.14.00 (TRT-14)

Data de publicação: 08/10/2008

Ementa: ACIDENTE DE TRABALHO. NAO FISCALIZAÇÃO DO USO DE EPI'S. CULPA DO EMPREGADOR.

Está o empregador obrigado a não só fornecer gratuitamente o equipamento de proteção individual, adequado ao risco e em perfeito estado de conservação e funcionamento, mas também a exigir seu uso, orientar e treinar o trabalhador sobre a forma adequada de usá-lo, guardá-lo e conservá-lo, sob pena de atrair para si a responsabilidade civil pelo evento danoso. Recurso não-provido.

STJ - RECURSO ESPECIAL REsp 171927 SC 1998/0029750-2 (STJ)

Data de publicação: 19/12/2007

Ementa: ADMINISTRATIVO. MEIO AMBIENTE DO TRABALHO. PENALIDADE ADMINISTRATIVA IMPOSTA AO EMPREGADOR POR ÓRGÃO DE FISCALIZAÇÃODAS RELAÇÕES DE TRABALHO. EMENDA CONSTITUCIONAL 45 /2004. EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL - EPI. FORNECIMENTO E USO OBRIGATÓRIOS. CONTROLE DO USO. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR. ART. 19 , § 1º , DA LEI 8.213 /91. ARTS. 157 , 158 , 200 E 632 , TODOS DA CLT . NORMA REGULAMENTAR NR 6 DO MINISTÉRIO DO TRABALHO. PODER DISCIPLINAR E PODER CONTROLADOR DO EMPREGADOR. AMPLA DEFESA ASSEGURADA. CULPA IN VIGILANDO COMPROVADA. INDEFERIMENTO DE PROVA TESTEMUNHAL NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. INUTILIDADE DA PROVA PRETENDIDA. 1. Compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar recurso envolvendo penalidade administrativa imposta aos empregadores por Órgão de fiscalização das relações de trabalho, quando houver sentença de mérito proferida antes da promulgação da Emenda Constitucional 45 /2004. Precedentes do STF e do STJ. 2. É cabível a aplicação de sanção administrativa ao empregador que, embora coloque EPI à disposição do empregado, deixa de fiscalizar e fazer cumprir as normas de segurança, aí incluído o controle do uso efetivo do equipamento. 3. No campo da segurança do trabalho, por força da sistemática do Estado Social, ao empregador impõe-se a obrigação primária de zelar, de forma ativa e insistente, pela saúde e segurança do trabalhador. 4. A obrigação primária de zelo pela saúde e segurança do trabalhador compõe-se de um conjunto de obrigações secundárias ou derivadas, organizadas em modelo pentagonal, dotadas de conexidade recíproca e qualificadas como de ordem pública e interesse social: obrigação de dar (= fornecimento do EPI, troca incontinenti na hipótese de avaria, e manutenção periódica), obrigação de orientar (= dever de educar, treinar e editar as necessárias normas internas, bem como de alertar sobre as conseqüências sancionatórias da omissão de uso), obrigação de fiscalizar (= dever de verificar, sistemática e permanentemente, o uso correto.

Do mesmo modo, caso o trabalhador seja desidioso e se recuse a utilizar o equipamento de proteção individual, poderá ser dispensado por justa causa pelo empregador. Observe-se:

*TRT-3 - RECURSO ORDINARIO TRABALHISTA RO 01721201108703004
0001721-28.2011.5.03.0087 (TRT-3)*

Data de publicação: 21/08/2013

Ementa: DISPENSA POR JUSTA CAUSA. RECUSA DO EMPREGADO AO USO DE EPI'S. A reiterada recusa do reclamante em usar os Equipamentos de Proteção e Segurança (EPI's) representa falta gravíssima, autorizando a resolução do contrato por justa causa, sem que houvesse excesso do empregador. A inércia patronal levaria à indesejável reincidência de atitudes dessa natureza, colocando em risco não só a integridade física do próprio reclamante, como atraindo para a reclamada possível responsabilização civil por eventuais danos materiais e morais.

Evidente, portanto, a importância do uso dos equipamentos de proteção com o fito de garantir a saúde do trabalhador, minimizando a sua exposição aos agentes nocivos, evitando enfermidades e acidentes de trabalho, de modo que tanto o empregado, quanto o empregador tem deveres quanto à utilização dos equipamentos, conforme amplamente esposado.

3.7 APOSENTADORIA ESPECIAL

A aposentadoria especial consiste no benefício concedido ao segurado que tenha laborado em condições prejudiciais à saúde ou à integridade física. Esse tipo de aposentadoria também é uma forma de compensar o trabalhador exposto a agentes agressores à saúde, logo é uma forma de monetização do risco autorizada pela Constituição Federal de 1989, no seu art. 201, §1º.

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (...)
§ 1º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e

quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar.

No Brasil, a aposentadoria especial foi criada pela Lei. Nº 3.807/60, regulamentada pelos Decretos nº. 62.230/68, 83.080/79. Atualmente, regulamentada pela lei nº 8.213/91, sofreu alterações pelas leis nº 9.032/95, 9.528/97, 9.732/98 (SALIBA; CORRÊA, 2011. p.190-195), além do regulamentado pelo Dec. 3.048/99. A aposentadoria especial concede algumas vantagens ao trabalhador em condições especiais de trabalho, pois, conforme a classificação da atividade exercida estabelecida pelo anexo IV do Decreto 3.048/99, poderá se aposentar com 15, 20 ou 25 anos de exercício habitual e permanente.

Tem-se também como vantagem da aposentadoria especial o valor do benefício. A renda mensal inicial equivale a 100% do salário de contribuição e não possui a aplicação do fator previdenciário, enquanto a aposentadoria por tempo de contribuição será de 100% o salário de benefício, com aplicação obrigatória do fator previdenciário. Em ambos os casos o salário de benefício será para os trabalhadores inscritos até 28 de novembro de 1999 corresponderá à média aritmética simples dos 80% maiores salários de contribuição, corrigidos monetariamente, desde julho de 1994. Para os inscritos a partir de 29 de novembro de 1999, o salário de benefício será a média aritmética simples dos 80% maiores salários de contribuição de todo o período contributivo, corrigidos monetariamente (PREVIDÊNCIA, 2012). Quanto aos destinatários da aposentadoria especial, no dizer sempre expressivo de MARTINEZ (2010, p.854), afirma-se:

Em tese, nem todos os segurados têm direito à aposentadoria especial. Por sua natureza, de não exercente de atividade, o facultativo está excluído, e, da mesma forma, em razão do mister e ambiente de labor, o eclesiástico e o doméstico. Raros autônomos e raríssimos empresários farão jus ao benefício. Podem vir a obtê-lo o empregado, aí incluído o temporário. Igualmente, o servidor sem regime próprio e algumas categorias de avulso.

Neste sentido, pode-se afirmar que o rol do anexo IV da RPS (Dec. nº 3.048/99) é taxativo quanto aos agentes agressores, todavia é exemplificativo no que tange as atividades listadas, diferentemente da caracterização para a percepção do adicional de insalubridade, no qual a atividade deve estar necessariamente na lista de atividade insalubre do MTE. Contudo, fica a cargo do trabalhador a prova do contato com o agente agressor, nos termos dos §3º e 4º do art. 57 da lei nº 8.213/91:

Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei. (...) § 3º A concessão da aposentadoria especial dependerá de comprovação pelo segurado, perante o Instituto Nacional do Seguro Social–INSS, do tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente, em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante o período mínimo fixado. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995) § 4º O segurado deverá comprovar, além do tempo de trabalho, exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, pelo período equivalente ao exigido para a concessão do benefício.

Ademais, o segurado só terá o direito à aposentadoria especial no caso de tempo de trabalho permanente em condições especiais, diferentemente do direito ao adicional de insalubridade e periculosidade, nos quais o trabalhador terá direito aos adicionais em caso de trabalho intermitente. A caracterização de condições especiais do trabalho que enseja a percepção da aposentadoria especial dependerá do agente agressor e o critério a ser analisado para cada tipo de agente agressor. Assim, no caso do agente agressor ruído, a não percepção de adicional de insalubridade, não impede a caracterização da atividade como especial, assim é o entendimento da Turma de Nacional de Uniformização da Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais:

Súmula nº 09 – O uso do equipamento de proteção individual – EPI – ainda que elimine a insalubridade, no caso de exposição a ruído, não descaracteriza o tempo de serviço especial prestado.

Nesta linha de inteligência, o assunto é controverso quando existe a neutralização do risco por meio do EPI, tendo em vista que, quanto ao recebimento do adicional de insalubridade, as súmulas nº 80 e 289 do TST pacificaram o entendimento, todavia no que tange à aposentadoria especial a situação é mais complexa face o seguinte:

a) Quando o laudo técnico informa que o EPI fornecido é eficaz na neutralização do risco, o setor de benefício da Previdência Social não concede o benefício ao segurado; b) Entretanto, o fiscal de arrecadação da própria autarquia em sua auditoria pode concluir que a empresa não gerenciou adequadamente a proteção dos riscos físicos, químicos e biológicos, especialmente por meio de EPI. Neste caso, é exigido o recolhimento da contribuição adicional de 6, 9 ou 12% da remuneração do trabalhador conforme art. 57, §6º da Lei nº 8.213/1991; c) Outro

aspecto importante a ser considerado é que o trabalhador pode recorrer na justiça quando seu benefício é indeferido pelo INSS, sendo que muitas vezes a decisão judicial pode conceder a aposentadoria especial, mesmo com o uso de EPI ou em atividade não prevista no regulamento de benefício (Súmula n. 9 do Juizado Especial Federal e Súmula n. 189 do Tribunal Superior de Justiça) (SALIBA; CORRÊA, 2011, p. 205).

De mais a mais, mister salientar que o direito à aposentadoria especial não está diretamente relacionado com a percepção do adicional de insalubridade e está inserido como uma das formas da monetização do risco.

4 REFLEXOS DA MONETIZAÇÃO DO RISCO NO BRASIL

4.1 ACIDENTE DE TRABALHO E DOENÇAS OCUPACIONAIS

Para adentrar no presente tema, convém tecer algumas considerações acerca do meio ambiente de trabalho.

A Convenção n. 148 da OIT dispõe sobre o meio ambiente de trabalho (contaminação do ar, ruído e vibrações) e se aplica a todas as categorias, sendo facultado ao Estado-parte, na sua ratificação, excluir uma delas. A utilização de procedimentos, substâncias ou materiais que exponham os trabalhadores a esses riscos deverá ser comunicada à autoridade competente, que poderá autorizá-las com cautela ou proibi-las, fixando limites de exposição. O estado de saúde dos trabalhadores, nesses locais, deverá ser objeto de uma vigilância médica gratuita com intervalos apropriados e exame médico prévio e periódico.²¹

Cumpra-se que a Constituição Federal de 1988, no seu art. 7º, XXII, assegurou aos trabalhadores urbanos e rurais a redução dos riscos inerentes ao trabalho através de normas de saúde, higiene e segurança.

Sob a inteligência do art. 160 da CLT, temos que “Nenhum estabelecimento poderá iniciar as suas atividades sem prévia inspeção e aprovação das respectivas instalações pela autoridade regional competente em matéria de segurança e medicina do trabalho.

Por sua vez, o art. 161 da CLT permite ao delegado regional do trabalho, à vista do laudo técnico do serviço competente que demonstre grave e iminente risco para o trabalhador, interditar estabelecimento, setor de serviço, máquina ou equipamento, ou embargar obra, indicando na decisão, tomada com a brevidade que a ocorrência exigir, as providências que deverão ser adotadas para prevenção de infortúnios de trabalho.²²

Destarte, além da inspeção prévia e do embargo e interdição explanados, cumpre esclarecer acerca da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes.

A Consolidação das Leis do Trabalho, no seu artigo 163, torna obrigatória a constituição de uma Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA), de acordo com instruções expedidas pelo Ministério do Trabalho, nos estabelecimentos

²¹ BARROS, Alice. *Curso de Direito do Trabalho*. 8ª edição. ed. LTR, 2012, p. 842.

²² SARAIVA, Renato. *Direito do Trabalho*. 18ª edição. ed. JusPODIVM, 2016, p. 310.

ou locais de obra nela especificadas, com o fito de prevenção de acidentes de trabalho na empresa.

Cada CIPA será composta de representantes da empresa e dos empregados, de acordo com os critérios adotados pelo Ministério do Trabalho na Norma Regulamentadora 5. Os representantes dos empregados, titulares e suplentes são eleitos em escrutínio secreto.

O mandato dos membros eleitos da CIPA será de 1 ano, permitida uma reeleição, sendo o presidente da CIPA escolhido pelo empregador e o vice-presidente eleito pelos empregados.

A CF/1988, no ADCT, art. 10, II, a, vedou a dispensa arbitrária ou sem justa causa do empregado eleito para o cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro da sua candidatura até 1 ano após o final do seu mandato.²³

Neste sentido, a CLT, no seu art. 165, e a Súmula 339, ratificam a estabilidade do membro da CIPA garantida constitucionalmente, conforme alhures esposado.

Outrossim, em tópico anterior, foi explanado acerca dos equipamentos de proteção individual, também responsáveis pela prevenção de enfermidades e acidentes de trabalho.

Nesta linha de intelecção, cumpre ressaltar as medidas preventivas de medicina do trabalho. O art. 168 da Consolidação das Leis do Trabalho dispõe que será obrigatório exame médico, por conta do empregador, na admissão, demissão e periodicamente. Assim, outros exames complementares poderão ser exigidos, a critério do profissional de saúde, com o fito de apurar a capacidade ou aptidão física ou mental do obreiro para a função que deva exercer.

Em suma, tais práticas visam a proteção à saúde do trabalhador, minimizando os riscos de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais.

O conceito de acidente de trabalho fora concedido pelo artigo 19 da Lei nº 8.213/91, consistente naquele que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa 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.

O conceito alhures citado se encontra em sentido estrito, não abarcando todas as modalidades de acidente do trabalho, como por exemplo os acidentes de trabalho

²³ SARAIVA, Renato. *Direito do Trabalho*. 18ª edição. ed. JusPODIVM, 2016, p. 311.

ocorridos no trajeto entre a casa do trabalhador e a empresa e as doenças ocupacionais.

Neste sentido, a Lei acrescentou outras hipóteses que se igualam ao acidente típico para os efeitos legais. Isso porque a incapacidade também pode surgir por fatores causais que não estão atrelados diretamente no conceito estrito de acidente do trabalho, quais sejam: enfermidades decorrentes do trabalho; acidentes ou doenças oriundas de causas diversas, conjugando fatores do trabalho, porém que não possuem ligação direta com o exercício da atividade profissional; acidentes ocorridos fora do local da prestação de serviços, mas com vínculo direto ou indireto com o cumprimento do contrato e acidentes ocorridos no trajeto de ida ou volta da residência para o local de trabalho (OLIVEIRA, 2009, p. 39).

Nesta esteira, consideram-se acidentes de trabalho aqueles ocorridos no trajeto de ida ou de volta da residência do trabalhador até a empresa, e será doença ocupacional aquela que estiver atrelada ao tipo de atividade desenvolvida pela empresa; assim, considerar-se-á natureza acidentária incapacitante quando constatar a ocorrência de nexos técnico epidemiológico– NTEP, este instituído pela Lei nº 8.213/91 no artigo 21-A, *in verbis*:

Art. 21-A. A perícia médica do INSS considerará caracterizada a natureza acidentária da incapacidade quando constatar ocorrência de nexos técnico epidemiológico entre o trabalho e o agravo, decorrente da relação entre a atividade da empresa e a entidade mórbida motivadora da incapacidade elencada na Classificação Internacional de Doenças - CID, em conformidade com o que dispuser o regulamento.

Ressalte-se, mais uma vez, que a monetização do risco consiste em uma compensação financeira em detrimento da saúde do trabalhador. Não se vislumbra preocupação em eliminar a fonte de risco e os trabalhadores, muitas vezes sem muita informação, se conformam com o pagamento de adicionais ou simplesmente procuram atividades nocivas pela necessidade de um sobressalário.

Em que pese tenha ocorrido diminuição das mortes e das doenças ocupacionais em comparação com o século anterior, é evidente que o índice ainda é deveras elevado. Inclusive, a maioria dos acidentes laborais ocorre dentro das próprias empresas (acidente típico), comprovando assim que a legislação que visa proporcionar um ambiente seguro ao trabalhador ainda não logrou êxito no seu objetivo.

Destarte, a monetização do risco não incentiva o empregador a eliminar os riscos de agressão à saúde do trabalhador. A melhora no índice de doenças ocupacionais se dá em virtude da aplicação de normas sanitárias e o uso de EPI (equipamento de proteção individual), os quais ainda não são suficientes para garantir a segurança do trabalhador.

São exemplos de agentes agressivos o ruído, o calor, o frio, os agentes químicos e biológicos, o risco de acidentes, o trabalho noturno e em turnos, as horas extras habituais, a organização rígida do trabalho, o ambiente psicológico e social, as posturas incorretas do ponto de vista da ergonomia, as tarefas repetitivas e monótonas, o trabalho penoso, o receio de desemprego, o assédio do empregador ou seus prepostos etc (OLIVEIRA, 2010, p. 148).

Segundo o referido autor, a presença isolada ou cumulativa de tais agressões gera para o trabalhador efeitos distintos, de acordo com a vulnerabilidade individual, como por exemplo: desconforto, insatisfação, estresse, fadiga, estafa, doenças ocupacionais, acidente do trabalho ou até morte prematura.

Frise-se que não é apenas o sobressalário que é atrativo ao empregado, mas também a aposentadoria especial, devidamente tratada em tópico anterior.

Convém explanar um breve artigo constante no site da Previdência Social acerca dos índices de acidentes laborais, doenças ocupacionais e, conseqüentemente, seus reflexos na economia:

Em 2009 foram registrados 723.452 acidentes e doenças do trabalho, entre os trabalhadores assegurados da Previdência Social. Observem que este número, que já é alarmante, não inclui os trabalhadores autônomos (contribuintes individuais) e as empregadas domésticas. Estes eventos provocam enorme impacto social, econômico e sobre a saúde pública no Brasil. Entre esses registros contabilizou-se 17.693 doenças relacionadas ao trabalho, e parte destes acidentes e doenças tiveram como consequência o afastamento das atividades de 623.026 trabalhadores devido à incapacidade temporária (302.648 até 15 dias e 320.378 com tempo de afastamento superior a 15 dias), 13.047 trabalhadores por incapacidade permanente, e o óbito de 2.496 cidadãos. Para termos uma noção da importância do tema saúde e segurança ocupacional, basta observar que no Brasil, em 2009, ocorreu cerca de 1 morte a cada 3,5 horas, motivada pelo risco decorrente dos fatores ambientais do trabalho e ainda cerca de 83 acidentes e doenças do trabalho reconhecidos a cada 1 hora na jornada diária. Em 2009 observamos uma média de 43 trabalhadores/dia que não mais retornaram ao trabalho devido à invalidez ou morte. Se considerarmos exclusivamente o pagamento, pelo INSS, dos benefícios devido a acidentes e doenças do trabalho somado ao pagamento das aposentadorias especiais decorrentes das condições ambientais do trabalho em 2009, encontraremos um valor da ordem de R\$ 14,20 bilhões/ano. Se adicionarmos despesas como o custo operacional do INSS

mais as despesas na área da saúde e afins no custo - Brasil atinge valor da ordem de R\$ 56,80 bilhões (Fonte: Previsão MPS) (PREVIDÊNCIA, 2011).

Diante do exposto, constata-se que cerca de 650 mil trabalhadores são afastados temporariamente ou definitivamente do trabalho. No mais, as despesas com benefícios previdenciários superam 14 bilhões de reais por ano.

Conforme preconiza Wladimir Novaes Martinez (2010, p. 332): “

Solidariedade forçada - Tecnicamente, a previdência social é resultado da solidariedade forçada das pessoas ou gerações. Significa a participação de maioria contemporânea (contribuindo), a favor de minoria hodierna (inativos) e de futura (aposentandos) (...).

Em suma, os benefícios hoje pagos aos trabalhadores acidentados são custeados pelos trabalhadores ativos. Convém destacar, ainda, que o artigo 11 da Lei nº 8.212/91 dispõe das contribuições sociais à Seguridade Social, despesas essas que poderiam ser direcionadas para proteção de outro risco social.

Faz-se mister comparar o índice de acidentes de trabalho do Brasil com os índices de alguns países que não adotaram a monetização do risco e sim optaram pela eliminação dos riscos para a saúde na sua origem.

A Previdência, no período de 1999 a 2003, registrou 1.875.190 acidentes de trabalho, sendo 15.293 com óbitos e 72.020 com incapacidade permanente, média de 3.059 óbitos/ano, entre os trabalhadores formais – média de 22,9 milhões em 2002. O coeficiente médio de mortalidade, no período considerado, foi de 14,8 por 100.000 trabalhadores (MPS 2003). A comparação desse coeficiente com o de outros países, tais como Finlândia 2,1 (2001), França de 4,4 (2000), Canadá 7,2 (2002) e Espanha 8,3 (2003) (TAKALA 2002), demonstra que o risco de morrer por acidente de trabalho no Brasil é cerca de duas a cinco vezes maior (TEIXEIRA, 2011).

Evidente, portanto, que os trabalhadores brasileiros correm muito mais risco que os estrangeiros mesmo exercendo a mesma atividade.

Outrossim, o trabalhador acidentado não enxerga vantagem de imediato na percepção do auxílio doença comum ou no auxílio doença acidentário, tendo em vista que ambos correspondem a 91% do salário-de-benefício. Os valores dos benefícios supracitados são regulamentados pelo seguinte artigo da Lei nº 8.213/91:

Art. 61. O auxílio-doença, inclusive o decorrente de acidente do trabalho, consistirá numa renda mensal correspondente a 91% (noventa e um por cento) do salário-de-benefício, observado o disposto na Seção III,

especialmente no art. 33 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995).

Contudo, o acidente de trabalho garante ao empregado estabilidade no emprego por doze meses após a cessação do benefício, isso quando o afastamento for superior a quinze dias, além de indenizações porventura devidas.

Assim, é majoritário o posicionamento da Jurisprudência dos Tribunais, como as duas decisões abaixo disposta de Tribunais do Trabalho de distintas regiões:

CONTRATO DE TRABALHO. SUSPENSÃO FUNDADA EM DOENÇA ADQUIRIDA PELO PRESTADOR (CLT, ART. 476). INFORTÚNIO RECLASSIFICADO EM JUÍZO PARA DOENÇA- PROFISSIONAL. SITUAÇÃO EQUIPARADA A ACIDENTE DE TRABALHO. DEPÓSITOS DO FGTS. OBRIGAÇÃO EMPRESARIAL. SUBSISTÊNCIA. CLT476. Para que se reconheça a obrigação de recolhimento de depósitos do FGTS durante o período de suspensão contratual resultante de doença acometida pelo empregado (CLT, art. 476), é necessário que a moléstia que o aflige seja enquadrada, por equiparação, a acidente de trabalho, a teor do § 5º do artigo 15 da Lei nº 8.036/90 c/c o inciso I do art. 20 da Lei 8.213/91. Nesse sentido, tipificada a situação prevista em lei, por meio de prova pericial regularmente produzida, a ausência de expedição da Comunicação de Acidente de Trabalho - CAT pelo empregador, inibindo a concessão do benefício previdenciário adequado, não elidirá o reconhecimento judicial do acidente e do direito aos recolhimentos devidos a título de FGTS. Recurso conhecido e parcialmente provido. CLT476§ 5º (TRT-10 - RECURSO ORDINARIO: RO 345200601510001 DF 00345-2006-015-10-00-1)

ACIDENTE DE TRABALHO. RECOLHIMENTO DO FGTS DO PERÍODO DE FRUIÇÃO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. O encerramento das atividades econômicas das reclamadas não as desonera de recolher os valores devidos a título de FGTS na conta vinculada do trabalhador acidentado, enquanto afastado em gozo de auxílio-doença acidentário, por se tratar de vantagem pessoal assegurada por lei, que sobrevive à extinção da empresa. (...) (TRT-4 - RECURSO ORDINARIO TRABALHISTA: RO 4172220105040371 RS 0000417-22.2010.5.04.0371)

Sendo assim, nem mesmo com o encerramento das atividades empresariais pode o empregador deixar de depositar o FTGS do empregado em gozo de benefício acidentário.

Não pode o empregador, portanto deixar de depositar o FGTS do empregado que está percebendo o benefício acidentário.

Contata-se, portanto, a ineficácia da monetização do risco adotada pelo nosso país, de modo que a saúde dos trabalhadores está deveras prejudicada e uma compensação financeira nunca será superior que a vida.

4.2 GARANTIA DE EMPREGO DO ACIDENTADO

Consoante esposado em tópico anterior, a Lei n. 8.213, de 1991, garantiu o emprego ao acidentado após a cessação do auxílio-doença acidentário, por um período de doze meses após a alta previdenciária.

Verificou-se, aqui, uma ampliação da concessão da estabilidade provisória. Agiu com certo o legislador, pois a realidade demonstra a frequência de despedidas de trabalhadores egressos de afastamentos motivados por acidentes e a dificuldade que encontram na obtenção de novo emprego, mormente quando o infortúnio deixa sequelas. A garantia visa a remediar esse mal, proporcionando ao trabalhador segurança em uma fase em que poderá apresentar certa fragilidade, com redução do ritmo normal de trabalho.²⁴

Alguns doutrinadores sustentaram que a garantia em questão era inconstitucional por instituir uma nova modalidade de estabilidade, violando dispositivo da Carta Magna (art. 7º, I e art. 10 do ADCT).

Para Alice Monteiro de Barros, não há inconstitucionalidade, tendo em vista que, em se tratando de estabilidade provisória, o legislador ordinário pode estabelecer os casos que se fizerem necessários.

A Constituição exige o procedimento da lei complementar apenas para a regulamentação do inciso I do art. 7º, ou seja, para tratar da proteção genérica do emprego contra a dispensa arbitrária. Esse dispositivo constitucional alcança a universalidade das relações de trabalho, daí por que justifica-se que a lei que venha a regulamentá-lo seja submetida a um processo de votação mais complexo, como é o da lei complementar, pois terá alcance e tratará de matéria que abrange todos os trabalhadores.²⁵

Assim, a estabilidade provisória abrange um pequeno espaço de trabalhadores, motivo pelo qual é possível a previsão por lei ordinária.

Diante do exposto, a celeuma já foi superada e o Tribunal Superior do Trabalho já entendeu pela constitucionalidade do preceito em exame. Observe-se:

TRT-6 - RECURSO ORDINARIO RO 62100272007506 PE 0062100-27.2007.5.06.0010 (TRT-6)

Data de publicação: 18/01/2010

²⁴ BARROS, Alice. *Curso de Direito do Trabalho*. 8ª edição. ed. LTR, 2012, p. 783.

²⁵ BARROS, Alice. *Curso de Direito do Trabalho*. 8ª edição. ed. LTR, 2012, p. 784.

Ementa: ESTABILIDADE PROVISÓRIA DECORRENTE DE GOZO DE AUXÍLIO-DOENÇA, CONVERTIDO EM AUXÍLIO-DOENÇA ACIDENTÁRIO. POSSIBILIDADE. Comprovado o nexo de causalidade entre a atividade laboral e o acidente de trabalho sofrido, inofismavelmente comprovado pela informação do Instituto Nacional do Seguro Social, contida à fl. 102 dos autos, impõe-se a reforma parcial da sentença. Recurso ordinário do obreiro a que se dá provimento.

Encontrado em: aos lapsos temporais em que o reclamante não esteve em gozo de auxílio-doença e/ou auxílio-doença... do auxílio-doença acidentário concedido à fl. 102; deferir o pagamento das férias + 1/3 e de 13.º salário,... como para reconhecer a estabilidade provisória do obreiro de um ano.

TRT-7 - RECURSO ORDINÁRIO RO 1643006820055070006 CE 0164300-6820055070006 (TRT-7)

Data de publicação: 27/08/2007

Ementa: ESTABILIDADE PROVISÓRIA - AUXÍLIO-DOENÇA DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO - AVISO PRÉVIO INDENIZADO - Faz jus à estabilidade provisória prevista no art. 118 da lei 8.213 /91 a empregada que entra em gozo de auxílio-doença decorrente de acidente de trabalho no transcurso do prazo de aviso prévio indenizado, entendimento este em consonância com a Súmula nº 371 do TST. Recurso conhecido, mas não provido.

Diante do exposto, resta evidenciada a estabilidade provisória garantida ao empregado que perceba auxílio-doença por lapso superior a quinze dias.

4.3 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO ACIDENTE DE TRABALHO

Cumprido gizar que a percepção ou não da indenização por acidente de trabalho deve ser analisada através do tipo de atividade exercida pelo trabalhador e as circunstâncias do acidente.

A Carta Magna, no seu art. 7º, XXVIII, dispõe:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa; (...)

Diante do exposto, resta claro que o benefício previdenciário não exclui o direito do trabalhador acidentado exigir indenização em virtude do acidente do trabalho quando o empregador incorrer em dolo ou culpa, ou, ainda, quando a atividade exercida for considerada de risco acentuado e o acidente não se deu por culpa

exclusiva da vítima. Nesse sentido, para trabalhador que exerce atividade considerada de risco normal “só haverá obrigação de indenizar o acidentado se restar comprovado que o empregador teve alguma culpa no evento, mesmo que de natureza leve ou levíssima” (OLIVEIRA, 2011, P. 90), é a chamada responsabilidade civil subjetiva.

O empregador é civilmente responsável pela segurança daqueles que compõem a sua força de trabalho. Tal responsabilidade decorre do dever de zelo que o empregador possui face aos seus empregados, posto que a manutenção constante do ambiente do trabalho é obrigação inerente ao contrato de trabalho firmado entre os polos financeiro e profissional. Ocorre que nem sempre foi assim.

É preciso destacar que à saúde do empregado, nem sempre foi dada a proteção jurídica que hoje possui.

Até a edição do Dec. 7.036/44, não havia sequer uma norma que tratasse do tema responsabilidade do empregador. Exatamente por esta lacuna normativa apontada, não se cogitava a responsabilidade do patrão face os acidentes ocorridos com seus empregados. Todavia, com a publicação do citado Dec. 7.036/44, passou-se a responsabilizar o empregador pelos infortúnios ocorridos com os obreiros que se ativavam no ambiente de trabalho, desde que aquele tivesse agido com dolo. Essencial se faz a transcrição do artigo 31, do Decreto. 7.036/44 (CAMARA DOS DEPUTADOS, 2013):

O pagamento da indenização estabelecida pela presente lei exonera o empregador de qualquer outra indenização de direito comum, relativa ao mesmo acidente, a menos que este resulte de dolo seu ou de seus prepostos.

De outra monta, o Supremo Tribunal Federal, fez editar em 13/12/1963 a Súmula 229, cujo teor passa-se a colacionar:

Súmula nº 229, STF - Indenização Acidentária - Exclusão do Direito Comum - Dolo ou Culpa Grave do Empregador.

A indenização acidentária não exclui a do direito comum, em caso de dolo ou culpa grave do empregador.

Com efeito, percebe-se que o entendimento sumulado da corte constitucional pátria fez ampliar a responsabilidade patronal, posto que, segundo tal enunciado, o pagamento da indenização pelo empregador por acidente do trabalho não mais decorria tão somente de quando este agisse com dolo, mas também nos casos em que agisse com culpa grave.

É quase desnecessário mencionar que tal entendimento era de complicada aplicação, já se tratava de difícil tarefa diferenciar a culpa grave, média e leve. Não por outro motivo que o Superior Tribunal de Justiça passou a adotar o posicionamento de que a responsabilidade do empregador passaria a decorrer - além do dolo - da mera culpa (e não mais da culpa grave).

Note-se que a responsabilidade decorrente de culpa do empregador decorria de construção jurisprudencial, já que a única norma escrita continuava sendo o Dec. 7.036/44 que, como já frisado, condicionava o pagamento de indenização patronal por infortúnios laborais à atuação dolosa do empregador.

Todavia, dada a essa construção dos tribunais nacionais, o constituinte teve a sensibilidade de fazer constar na nova Carta o direito ao trabalhador de perceber indenização reparatória do empregador por acidentes do trabalho que decorressem de dolo ou culpa. Tem-se, pois, que o constituinte de 1988 apenas positivou o posicionamento demonstrado pelos tribunais superiores.

Mandamental, pois, a transcrição do art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2013):

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

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

Percebe-se que, se em um primeiro momento havia uma completa irresponsabilidade do empregador pela higidez física dos seus empregados, atualmente é ponto pacífico que é direito destes serem indenizados por práticas patronais culposas ou dolosas, que lhes causem danos.

Por fim, destaque-se que a jurisprudência atual tem evoluído no sentido de, em alguns casos, sequer perquirir a existência de conduta dolosa ou culposa do empregador, como nos casos em que a atividade econômica seja de risco, o que será discutido adiante.²⁶

Ressalte-se que a responsabilidade civil de indenizar o trabalhador acidentado se baseia no ato ilícito patronal, de modo que o direito do trabalhador encontra subsídio nos seguintes artigos do nosso Código Civil:

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

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

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

Cumpre destacar o conceito de ato ilícito patronal. O mesmo se caracteriza pelo descumprimento dos deveres legais de segurança, higiene e prevenção atribuídos ao empregador, sem esquecer do dever geral de cautela. Assim, existindo o elemento culpa, responderá o empregador pelos danos sofridos pelo empregado, como se observa nas decisões abaixo:

TST - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA AIRR 228408020065040802 22840-80.2006.5.04.0802 (TST)

Data de publicação: 02/09/2011

Ementa: DANOS MORAIS E MATERIAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR DECORRE NTE DE ACIDENTE DO TRABALHO. 1. Conclui-se, do quadro delineado

²⁶ AFFONSO, Fernanda. *Da Responsabilidade Civil do Empregador no Acidente de Trabalho*, disponível em <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8276/Da-responsabilidade-civil-do-empregador-no-acidente-de-trabalho>, 2013.

pela Corte de origem, que a reclamada, negligentemente, descuidou-se do seu dever objetivo de velar pela saúde e segurança física de seus empregados, dever imposto pelo princípio da proteção que norteia todo o Direito do Trabalho. Em face de tal constatação e considerando-se a responsabilidade do empregador nessas situações, bem como a existência denexo de causalidade entre o fato alegado e o dano comprovado mediante prova produzida nos autos, a condenação imposta à reclamada encontra amparo na norma inserta no artigo 5º, X, da Constituição da República, afigurando-se impositiva a manutenção do acórdão prolatado pelo Tribunal Regional. 2. O debate sobre a valoração da prova efetivamente produzida - ônus objetivo de prova - tende à reavaliação do conjunto probatório dos autos, o que, indubitavelmente, não rende ensejo ao recurso de revista, em face de sua natureza extraordinária. Óbice da Súmula n.º 126 desta Corte superior. 3. Agravo de instrumento não provido. DANOS MATERIAIS. PAGAMENTO DE PENSÃO. A indenização prevista no artigo 950 do Código Civil destina-se a reparar a parte lesada pelos valores que deixou de perceber em virtude do evento danoso. Em consequência, comprovado o dano que impossibilite o obreiro de exercer sua profissão, resulta devida a pensão. Na presente hipótese, o Tribunal Regional deu exata subsunção dos fatos ao conceito emanado do dispositivo de lei mencionado, ao verificar que o trabalho prestado pelo autor à reclamada fora o motivo determinante para o surgimento de sua incapacidade laborativa de forma permanente. Resta justificada, em tais circunstâncias, a condenação da reclamada ao pagamento da pensão mensal a título de indenização por danos materiais. Agravo de instrumento não provido.

ACIDENTE DE TRÂNSITO OCORRIDO NO LABOR A SERVIÇO DA EMPRESA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. NÃO APLICAÇÃO. CULPA DA EMPREGADORA NÃO COMPROVADA. O exercício da função de vendedor externo com uso de motocicleta expõe o empregado ao mesmo risco que atinge todas as pessoas que trafegam pela malha viária do país. Se o risco não excede ao que atinge os demais membros da coletividade, não há como responsabilizar o empregador de forma objetiva pelos eventuais danos decorrentes de acidente de trabalho, de modo que é inaplicável ao caso em estudo o § único, do art. 927 do Código Civil. A lide em apreço sujeita-se à regra ordinária prevista no art. 7º, XXVIII da Constituição Federal, que conduz a análise da responsabilidade do empregador pelos danos decorrentes de acidentes laborais pela vertente subjetiva. Uma vez que não restou provada a culpa do empregador, não prosperam os pleitos reparatórios. Recurso obreiro ao qual se nega provimento. § único 927 Código Civil 7º XXVIII Constituição Federal. (777201000823000 MT 00777.2010.008.23.00-0, Relator: DESEMBARGADORA BEATRIZ THEODORO, Data de Julgamento: 14/12/2011, 2ª Turma, Data de Publicação: 23/01/2012)

ACIDENTE DE TRABALHO. RESPONSABILIDADE CIVIL. O instituto da responsabilidade civil objetiva não pode ser aplicada com fulcro na classificação de risco prevista na Norma Regulamentar n. 4 do Ministério do Trabalho e Emprego, porquanto tal norma não efetuou a classificação de risco das atividades empresariais sob o enfoque do referido instituto, mas, com vistas simplesmente a estabelecer parâmetros para o 'dimensionamento dos Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e Medicina do Trabalho', conforme esclarece o item 4.2 da aludida norma, daí não se afigurar hábil a subsidiar a aplicação do disposto no art. 927, parágrafo único do Código Civil. Na hipótese, a função de

trabalhador rural na cultura de algodão não configura, per se, situação de risco além do comum, pois, não resta demonstrado que as atividades desenvolvidas no estabelecimento patronal eram em si mesmas perigosas a ponto de expor aqueles que lá trabalham a um potencial de risco muito maior do que o suportado pelos empregados em geral, depreendendo-se, daí, que a responsabilização civil se dá de acordo com os critérios subjetivos. No presente caso, o autor sofreu acidente do trabalho em decorrência da queda de um galho sobre seu olho esquerdo, o que resultou na respectiva perda. Entretanto, não se vislumbra a culpa da ré hábil à responsabilização subjetiva, porquanto não tinha obrigatoriedade, como pretende o autor, em fornecer óculos para seu labor, pois este não se amolda ao disposto na Norma Regulamentar n. 31 do Ministério do Trabalho e emprego, não havendo falar em indenização por danos morais e materiais. Art. 927, parágrafo único, do Código Civil. (1355201007123008 MT 01355.2010.071.23.00-8, Relator: DESEMBARGADORA LEILA CALVO, Data de Julgamento: 31/01/2012, 1ª Turma, Data de Publicação: 09/02/2012)

Outrossim, convém ressaltar que é majoritário o entendimento dos Tribunais referente à impossibilidade de compensação do benefício previdenciário e indenização civil em virtude de acidente de trabalho:

STJ - AGRAVO INTERNO – SÚMULA 182 - ACIDENTE DE TRABALHO – BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO - INDENIZAÇÃO CIVIL - COMPENSAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE. 1. “É inviável o agravo do Art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada.” 2. Não se compensam o benefício previdenciário e a indenização ou pensão determinadas em ação de indenização por acidente de trabalho. (733680 RS 2006/0003963-0, Relator: Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Data de Julgamento: 05/04/2006, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 08.05.2006 p. 208) (g. n.).

TST - RECURSO DE REVISTA. DOENÇA OCUPACIONAL. LESÃO POR ESFORÇO REPETITIVO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. PERÍODO DE AFASTAMENTO. COMPENSAÇÃO COM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. A indenização por ato ilícito decorre da responsabilidade civil e o autor do dano deverá responder integralmente por ela. O benefício previdenciário é pago porque o empregado contribuiu mensalmente para a previdência na expectativa de que na ocorrência de um risco coberto pelo seguro social não ficará sem os meios indispensáveis de sobrevivência. Assim, a dedução do valor da indenização por danos materiais pelo benefício previdenciário transfere ao empregado, que não concorreu para o ato ilícito, o ônus de arcar com parte da indenização que lhe é devida, o que não pode ser aceito. Dessa forma, não é possível diminuir o valor da indenização por danos materiais porque o empregado percebe benefício previdenciário ante as finalidades distintas, a indenização tem natureza reparatória e a previdência tem caráter securitário. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido.

DOENÇA OCUPACIONAL. LESÃO POR ESFORÇO REPETITIVO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. REDUÇÃO DA CAPACIDADE LABORAL. PENSÃO VITALÍCIA. Verificado que após a cessação do auxílio-doença acidentário restou configurada a redução da capacidade laboral com a conseqüente conversão daquele benefício em auxílio-acidente vitalício, é devido o pagamento de indenização por danos materiais na forma de

pensão vitalícia conforme artigo 1.539 do CCB/1916 (atual artigo 950 do CCB/2002). Recurso de revista conhecido e provido. CONCLUSÃO: RECURSO DE REVISTA CONHECIDO E PROVIDO. (RR 157200-92.2005.5.17.0003, Relator: Horácio Raymundo de Senna Pires, Data de Julgamento: 11/10/2011, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/10/2011).

Com relação a responsabilidade civil do empregador, mister se faz provar o nexo de causalidade entre a execução da atividade laboral e o acidente ou doença ocupacional. Em caso de excludentes de responsabilidade, tais como caso fortuito, força maior, não poderá o empregador ser responsabilizado.

O conceito de culpa está contido no art. 186 do Código Civil, e assim define o doutrinador Sílvio Salvo Venosa (2004, p. 30):

A culpa, sob os princípios consagrados da negligência, imprudência e imperícia contém uma conduta voluntária, mas com resultado involuntário, a previsão ou a previsibilidade e a falta de cuidado devido, cautela ou atenção. (...) A falta de cautela, cuidado e atenção exteriorizam-se, de forma geral, pela imprudência, negligência ou imperícia. Esses três decantados aspectos da culpa são formas de exteriorização da conduta culposa. Destarte, caracterizará a culpa, senão dolo, quando o empregador incorrer em ato ilícito, conseqüentemente, não havendo nexo causal entre o ato omissivo ou comissivo do empregador ou de seu preposto com o acidente de trabalho ou doença ocupacional, este não terá a obrigação de indenizar.

Frise-se jurisprudência nesse sentido:

ACIDENTE DO TRABALHO. Ausência de nexo causal entre o trabalho e o dano. Se a protrusão discal constada na coluna do ex-empregado, além de apontada pela perícia médica como de origem degenerativa, não teve relação com o acidente sofrido na empresa, inexistente o nexo causal hábil a atrair a responsabilidade da empresa por indenização referente aos danos morais. (...) (976004420095040721 RS 0097600-44.2009.5.04.0721, Relator: BEATRIZ RENCK, Data de Julgamento: 28/09/2011, Vara do Trabalho de Cachoeira do Sul) (g. n.)

INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. DOENÇA OCUPACIONAL EQUIPARÁVEL A ACIDENTE DE TRABALHO. A ausência de nexo causal entre as moléstias apresentadas pelo trabalhador e sua atividade profissional na empresa demandada obsta o pleito de indenização por danos morais e materiais. (...) (930005420095040373 RS 0093000-54.2009.5.04.0373, Relator: DENISE PACHECO. Data de Julgamento: 24/11/2011, 3ª Vara do Trabalho de Sapiranga)

INDENIZAÇÃO. DANO MATERIAL E MORAL. DOENÇA PROFISSIONAL. REDUÇÃO DA CAPACIDADE AUDITIVA. Não obstante tenha a empregadora, em determinado momento do contrato de trabalho, encaminhado a CAT ao INSS, que, em sua perícia, autorizou a concessão do auxílio-acidente ao empregado, por certo período, estes fatos não elidem a conclusão pericial, do perito do juízo, ratificada pelos assistentes das empresas reclamadas e dotada de valiosos subsídios, comprovados nos autos, de que a perda auditiva sofrida pelo reclamante é preexistente à sua admissão na empresa e que no correr do longo tempo que lhe prestou serviços, até sua aposentadoria proporcional por tempo de serviço e posterior dispensa, não foi agravada em decorrência das condições em que

os serviços foram prestados. Nesse contexto, embora presente o dano, ausentes o nexo causal e a culpa, que dariam suporte à pretensão indenizatória manifestada na exordial. (TRT 3º Região. 3º Turma. RO 329-2006-088-03-00-7, Rel. Des. César Pereira da Silva Machado Júnior, Data de Julgamento: 28/04/2007)

Através dos julgados alhures explanados, verifica-se que não caberá indenização civil quando se tratar de doença preexistente à admissão, que não tenha se agravado posteriormente em virtude da atividade laboral; da mesma forma que não será devida para doença degenerativa e aquelas inerentes à idade, todavia caberá quando se tratar de acidentes ou doenças ocupacionais ligadas a mais de uma causa, sendo que pelo menos uma delas esteja ligada a atividade laboral.

Em suma, além do benefício previdenciário, o trabalhador também poderá fazer jus a uma indenização civil quando comprovar culpa ou dolo do empregador, consoante devidamente esposado.

4.4. AÇÃO REGRESSIVA CONTRA A PREVIDÊNCIA SOCIAL

Caso o empregador pratique algum ato de negligência, imperícia ou imprudência (elementos de culpa), o INSS pode ingressar com uma ação regressiva contra o mesmo em virtude do acidente de trabalho, para que seja reembolsado pelos valores despendidos com os benefícios acidentários previdenciários.

Tal preceito está insculpido no art. 120 da Lei nº 8.213/91:

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

O seguro acidentário, público e obrigatório, não pode servir de alvará para que empresas negligentes com a saúde e a própria vida do trabalhador fiquem acobertadas de sua irresponsabilidade, sob pena de constituir-se verdadeiro e perigoso estímulo a esta prática socialmente indesejável. (apud OLIVEIRA, 2010, p. 295).

Destaque-se jurisprudência pátria nesse sentido:

TRF-4 - APELAÇÃO CIVEL AC 2297320094047120 RS 0000229-73.2009.404.7120 (TRF-4)

Data de publicação: 09/06/2010

Ementa: PROCESSUAL CIVIL, CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. ACIDENTE DE TRABALHO. AÇÃO REGRESSIVA DO INSS CONTRA O EMPREGADOR. ART. 120 DA LEI Nº 8.213 /91. DEVER DO EMPREGADOR DE RESSARCIR OS VALORES DESPENDIDOS PELO INSS EM VIRTUDE DA CONCESSÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA E AUXÍLIO-ACIDENTE. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA QUANTO À OBSERVÂNCIA DAS MEDIDAS DE PROTEÇÃO À SEGURANÇA DO TRABALHADOR. CARACTERIZADA A NEGLIGÊNCIA DA EMPRESA RÉ. JUROS DE MORA. MARÇO INICIAL. RECURSOS DESPROVIDOS. 1. Não há nulidade na sentença apelada, pois, de acordo com os arts. 130 e 131 do CPC , o magistrado deve propiciar a produção das provas que considera necessárias à instrução do processo, de ofício ou a requerimento das partes, dispensando as diligências inúteis ou desimportantes para o julgamento da lide, bem como apreciá-las livremente para a formação de seu convencimento. De outro lado, não há cerceamento de defesa se o indeferimento da diligência requerida fundamenta-se na suficiência de outros meios de prova e na desnecessidade de sua realização. 2. Demonstrada a negligência da empregadora quanto à adoção e fiscalização das medidas de segurança do trabalhador, tem o INSS direito à ação regressiva prevista no art. 120 da Lei nº 8.213 /91.3. Hipótese em que é cabível o ressarcimento de valores despendidos com o pagamento de benefícios previdenciários de auxílio-doença por acidente de trabalho e auxílio-acidente pagos a funcionário da empresa ré, que sofreu acidente de trabalho quando, em serviço, era transportado por veículo de propriedade da demandada, utilizado como meio de transporte de seus empregados. O acidente que causou as lesões no funcionário deveu-se à negligência da empregadora, a qual não zelou pela regularidade do veículo que utilizava para o deslocamento de seus funcionários e pelo adequado treinamento e habilitação do motorista que o conduzia. É dever da empresa fiscalizar o cumprimento.

TRF-5 - Apelação Cível AC 480030 RN 0007606-16.2006.4.05.8400 (TRF-5)

Data de publicação: 05/10/2009

Ementa: ADMINISTRATIVO. ACIDENTE DE TRABALHO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DA EMPRESA CONTRATANTE. REJEITADA. INOBSERVÂNCIA DAS REGRAS DE PROTEÇÃO E SEGURANÇA DA SAÚDE DO TRABALHADOR. PENSÃO POR MORTE. AÇÃO REGRESSIVA DO INSS. PROCEDÊNCIA. 1. Sendo responsabilidade da empresa contratante a fiscalização das atividades executadas em canteiro de obra de sua propriedade, não há porque cogitar

em falta de legitimidade para a causa, visto que a lide tem por objeto o ressarcimento dos benefícios previdenciários desembolsados pelo INSS por morte de empregado no referido canteiro. 2. A empresa contratada deixou de promover treinamento adequado para realização do serviço de ripagem que, segundo concluiu o Laudo de Investigação da DRT, foi um dos fatores de risco para o acidente. 3. À empresa contratante, por sua vez, enquanto tomadora de serviços e executora da obra, cabe fiscalizar as atividades executadas no seu canteiro de obra, evitando inclusive que um profissional habilitado exclusivamente para o trabalho de carpintaria execute a atividade de ripagem sem qualquer treinamento específico anterior, como no caso em questão. 4. Qualquer das envolvidas poderia por conduta própria ter afastado o risco do acidente, se cumpridas às obrigações que a lei lhes atribuía, o que impõe a condenação solidária entre as empresas. 5. Apelação improvida.

Evidente, portanto, a possibilidade do INSS de ingressar com uma ação regressiva face o empregador, cuja competência para julgamento é da Justiça Federal:

TRF-2 - AG AGRAVO DE INSTRUMENTO AG 200802010168480 (TRF-2)

Data de publicação: 07/01/2011

Ementa: AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO REGRESSIVA MOVIDA PELO INSS EM FACE DE EMPRESA POR ACIDENTE DE TRABALHO. RESSARCIMENTO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. I - Hipótese em que o INSS se insurge contra a decisão que declarou ser da Justiça do Trabalho a competência para processar e julgar processo originário de ação regressiva de cobrança interposta pela autarquia. II - O objeto da demanda não tem natureza trabalhista, mas cível, pois o que se requer é uma indenização decorrente de um custo previdenciário cuja responsabilidade se atribui a empresa CST. A questão jurídica que está em voga na lide não é a condição de empregadora, mas a de responsável pelo dano praticado. III - Não se trata de ação ajuizada pelo empregado contra o empregador buscando indenização por dano moral ou patrimonial decorrente de relação de trabalho, mas de ação movida pelo INSS contra o empregador buscando o ressarcimento de benefício que ele teve que pagar aos dependentes do empregado em razão do acidente que o vitimou. IV - A jurisprudência de nossos Tribunais tem-se manifestado no sentido de que, tratando o feito originário de ação regressiva na qual o INSS postula indenização, com base no artigo 120 da Lei nº 8.213 /1991, a competência para processar e julgar o feito é da Justiça Federal. Precedentes. V - Agravo interno conhecido e provido.

TRF-4 - APELAÇÃO CIVEL AC 50269278620124047100 RS 5026927-86.2012.404.7100 (TRF-4)

Data de publicação: 02/06/2015

Ementa: DIREITO CIVIL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ACIDENTE DE TRABALHO. PENSÃO POR MORTE. AÇÃO REGRESSIVA DO INSS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ARTIGO 120 DA LEI Nº 8.213 /91. CONSTITUCIONALIDADE. PROVAS. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO. CULPA EXCLUSIVA DA EMPRESA. NEGLIGÊNCIA. COMPROVAÇÃO. PARCELAS VENCIDAS E VINCENDAS. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS MORATÓRIOS. CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRECEDENTES. . A competência para processar e julgar a ação regressiva ajuizada pelo INSS contra o empregador visando ao ressarcimento de gastos com o pagamento de benefício previdenciário em decorrência de acidente do trabalho é da Justiça Federal; . Conforme o artigo 131 do Código de Processo Civil , o magistrado não está obrigado a julgar a questão posta a seu exame de acordo com o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento, utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência e aspectos pertinentes ao tema, bem como da legislação que entender aplicável ao caso. O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determina as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias (artigo 130 do Código de Processo Civil). Sendo assim, não se configura cerceamento de defesa quando o conjunto probatório dos autos é suficiente para formação da convicção do magistrado, nos termos do CPC . O magistrado pode dispensar a realização da prova pericial, testemunhal ou mesmo a sua complementação, apresentando as razões de seu convencimento, sem que a decisão importe cerceamento do direito de defesa; . A constitucionalidade do art. 120 da Lei nº 8.213 /91 foi reconhecida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, nos autos da Arguição de Inconstitucionalidade na AC nº. 1998.04.01.023654-5. Portanto, se o benefício é custeado pelo INSS, este é titular de ação regressiva contra o responsável negligente, nos termos do artigo 120 da Lei 8.213 /91

Em suma, comprovado algum dos elementos de culpa por parte do empregador, o INSS dispõe do direito de ação para postular em juízo através de uma ação regressiva.

5 CONCLUSÃO

- O direito à saúde, garantido constitucionalmente, é um dever de bem-estar e garantia da vida digna, por isso se faz necessária tamanha proteção. É comum de todo ser humano, mas o enfoque em questão é o direito à saúde do trabalhador que vem sendo ceivado com o passar dos dias.
- Foi demonstrada a evolução histórico-jurídica do direito à saúde do trabalhador, demonstrando minuciosamente as atrocidades que acometiam os obreiros com o advento da Revolução Industrial, onde se priorizava a produção em massa que acarretava inúmeros acidentes de trabalho e enfermidades, não só pelo volume desumano de trabalho, mas pelas condições precárias dos ambientes de labor.
- Com a criação da OIT, Organização Internacional do Trabalho, foram elevados os níveis de vida e a proteção adequada da vida e da saúde do trabalhador.
- Com o passar dos anos foi aumentando a preocupação com as condições de trabalho e saúde dos trabalhadores, contudo o Brasil optara pela monetização do risco, consistente na compensação financeira aos trabalhadores para que laborem em ambientes insalubres, perigosos e penosos.
- Ou seja, em detrimento da saúde e do princípio da dignidade da pessoa humana, os trabalhadores percebem adicionais ao salário em virtude da exposição à agentes nocivos, ao invés de maiores investimentos, redução de jornada, e outras soluções adotadas em diversos países.
- As normas de proteção à saúde do trabalhador acabam não cumprindo seu papel na íntegra, já que não é possível, na maioria dos casos, a neutralização dos agentes nocivos aos quais são expostos os trabalhadores.
- Os trabalhadores, muitas vezes, sequer têm conhecimento do quão prejudicial é a exposição a que se submetem diariamente para a percepção de um adicional financeiro.

- Campanhas educativas acerca dos malefícios dos agentes agressores e conscientização da sociedade sobre a importância de um ambiente de labor seguro para a saúde dos trabalhadores, seria um fortalecimento contra a monetização do risco e talvez até um passo para a sua substituição por regras que priorizem a saúde do obreiro.
- Percebe-se que não há uma flexibilidade no rol de condições insalubres, perigosas e penosas, restando adstritas na NR-15 e NR-16.
- Neste sentido, a aposentadoria especial, em que pese possua o rol das atividades exemplificativo, também está sujeita ao controle da lista de agentes agressivos, não se estendendo a todos os possíveis agentes agressores, o que se revela um absurdo já que nos dias atuais novas substâncias são descobertas e formuladas o tempo todo.
- Outra forma de minimizar a questão, enquanto permanece o Brasil com a monetização do risco, seria a expressa previsão de cumulação dos adicionais e o aumento da porcentagem conforme a quantidade de agressores aos quais os trabalhadores são expostos.
- Frise-se que muitas vezes, por extrema necessidade, os trabalhadores buscam atividades insalubres, perigosas e penosas para ter um acréscimo salarial e até mesmo por falta de conhecimento dos malefícios à saúde.
- Tem-se a desvalorização da vida humana em detrimento de adimplemento de adicionais (mesmo eu gere enfermidades e acidentes de trabalho), aposentadoria especial e indenização civil. Ou seja, tem-se o desrespeito à Carta Magna, ao direito a vida e a dignidade da pessoa humana ali insculpidos.
- O adimplemento de adicionais e outras compensações financeiras (monetização do risco) apenas deve ser utilizado quando não houver formas de eliminação dos riscos inerentes ao meio ambiente de trabalho. Assim, além do pagamento dos adicionais, deve-se estabelecer jornada reduzida, proibição de horas extras e abono de férias, uso de EPIs.
- Evidente, portanto, que a monetização do risco não é vantajosa para o trabalhador que acaba por compensar financeiramente a própria vida. Deve-

se adotar medidas que visem a neutralização dos agentes agressores como é de extremo sucesso em outros países, e com isso teríamos a proteção à saúde do trabalhador, a diminuição de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, Heloísa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEPEDINO, Gustavo. **Código comentado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. **Código Civil**. Vade Mecum OAB e Concursos. 3 ed. ver e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. VII.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

WALD, Arnold. **A evolução da responsabilidade civil e dos contratos no direito francês e brasileiro**. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 845, ano 95, 2006.

ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. **Presupuestos y funciones del derecho de daños**. Buenos Aires: Hammurabi, v.4. 1999.

CORRÊA, Márcia Angelim Chaves; SALIBA, Tuffi Messias. **Insalubridade e Periculosidade**. São Paulo: LTr 75, 10º ed., 2011.

DELGADO, Mauricio. **Curso de Direito do Trabalho**. 15ª edição. ed. LTr80, 2016.

GARCIA, Gustavo. **Curso de Direito do Trabalho**. 9ª edição. ed. FORENSE, 2015.

BARROS, Alice. **Curso de Direito do Trabalho**. 8ª edição. ed. LTR, 2012.

FILHO, Georgenor. **Revista Magister de Direito do Trabalho Nº 52**, 2013.

AFFONSO, Fernanda. **Da Responsabilidade Civil do Empregador no Acidente de Trabalho**, disponível em <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8276/Da-responsabilidade-civil-do-empregador-no-acidente-de-trabalho>, 2013.

SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho**. 18ª edição. ed. JusPODIVM, 2016.

PANTALEÃO, Sergio. **EPI - EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL - NÃO BASTA FORNECER É PRECISO FISCALIZAR**, 2017, disponível em www.guiatrabalhista.com.br, acessado em 1 de agosto de 2017.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acessado em 02 de dezembro de 2011.

ERGONOMIA NO TRABALHO. Disponível em: <<http://www.ergonomianotrabalho.com.br/ergonomia.html>>. Acessado em 24 de fevereiro de 2012.

73

ESPADA, Cinthia Maria da Fonseca. **O princípio protetor do empregado e a efetividade da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: LTr, 2008.

FERRARI, Irany; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **História do trabalho, do Direito do trabalho e da Justiça do Trabalho**. São Paulo: LTr 75, 3º ed., 2011.

LUDISMO e cartismo. Disponível em: <<http://www.conecteducacao.com/esconect/medio/his/HIS16050100.asp>>. Acesso em 08 de março de 2011.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. Curso de direito previdenciário. São Paulo: LTr, 3º ed., 2010. **MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL**. Disponível em : <<http://www.previdenciasocial.gov.br/conteudoDinamico.php?id=1173>>. Acessado em 12 de dezembro de 2011.

MINISTÉRIO DA PREVIDENCIA SOCIAL. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/conteudoDinamico.php?id=14>>. Acessado em 03 de março de 2017.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador**. São Paulo: LTr, 5ºed. rev. ampl. e atual, 2010.

REVOLUÇÃO industrial. Disponível em: <http://revolucaoindustrial.info/mos/view/Movimentos_oper%C3%A1rios/>. Acesso em 05 de fevereiro de 2017.