

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA

Hugo Arantes de Oliveira

**INTERPRETAÇÃO TRABALHISTA: ANÁLISE DA CONCESSÃO DO
ADICIONAL DE INSALUBRIDADE POR EXPOSIÇÃO À FUMAÇA DE
CIGARRO**

Juiz de fora

2012

HUGO ARANTES DE OLIVEIRA

**INTERPRETAÇÃO TRABALHISTA: ANÁLISE DA CONCESSÃO DO
ADICIONAL DE INSALUBRIDADE POR EXPOSIÇÃO À FUMAÇA DE
CIGARRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^ª. Dra. Jussara Araújo Almeida

Juiz de Fora

2012

Hugo Arantes de Oliveira

INTERPRETAÇÃO TRABALHISTA: ANÁLISE DA CONCESSÃO DO
ADICIONAL DE INSALUBRIDADE POR EXPOSIÇÃO À FUMAÇA DE
CIGARRO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Departamento de Direito do Trabalho da
Faculdade de Direito da Universidade Federal de
Juiz de Fora como requisito parcial para obtenção
do grau de Bacharel em Direito.

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado em ... / ... / ... pela banca composta por:

Profa. Dra. Jussara Araújo Almeida - Orientadora
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Dorival Cirne de Almeida Martins - Convidado
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Flávio Bellini de Oliveira Salles - Convidado
Universidade Federal de Juiz de Fora

Conceito obtido: _____

Juiz de Fora

2012

À minha família que esteve sempre ao meu lado me apoiando e incentivando diante das dificuldades, visando minha formação pessoal e profissional. Em especial a meu pai, eterna inspiração e referência.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pois se prepara o cavalo para batalha, mas é somente Ele quem dá a vitória.

A minha família, por me apoiar o tempo todo, ajudando a alcançar os meus sonhos e objetivos.

Aos meus amigos pela compreensão, conhecimento compartilhado e incentivo.

Enfim, a todos que de alguma forma apoiaram a realização deste trabalho.

RESUMO

A saúde é um direito de todos e a integridade física é um bem que cada indivíduo pode facultativamente dispor ao utilizar um cigarro. Mas o consumo de um cigarro atinge não exclusivamente o fumante, podendo muitas vezes sua fumaça ser inalada por pessoas próximas. Esses fumantes passivos não devem necessariamente acatar as lesões sofridas involuntariamente. É o caso de trabalhadores que se expõem às fumaças de cigarro cotidianamente para obter o sustento próprio. Convivendo em ambientes “carregados”, inalam uma grande quantidade de fumaça equiparando-se a fumantes ativos. Não são raras as perícias judiciais que constataam a exposição por esses trabalhadores a *Benzopireno* – substância prevista na Norma Regulamentadora (NR) 15. Entretanto, a maioria da jurisprudência entende não se fazer jus a percepção do adicional por não se “operar” a referida substância. O método de interpretação literal não está previsto legalmente, conforme se pode aferir do artigo 189 da CLT. Com mais sentido justifica-se uma interpretação integrativa considerando-se o direito à saúde e ao meio ambiente saudável, pois, tendo em vista que as disposições legais logram ressarcir o trabalhador pelos malefícios inerentes à atividade prestada, também faz jus ao adicional o trabalhador que esteve efetivamente exposto ao agente previsto como nocivo em lei. As leis estaduais que se têm multiplicado pelo país com inspirações internacionais corroboram o entendimento de que consumidores de certos estabelecimentos comerciais submetem-se a condição de fumantes passivos, e assim se expõem a diversos malefícios. Diante do exposto, não se faz apologia contra o uso do cigarro, mas propõe-se interpretação integrativa do ordenamento de modo a viabilizar a aplicação da lei no sentido em que ela almeja-se: o de proteger o trabalhador tendo em vista sua vulnerabilidade enquanto parte hipossuficiente da relação jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: ADICIONAL. INSALUBRIDADE. FUMAÇA AMBIENTAL DE CIGARRO. INTERPRETAÇÃO.

ABSTRACT

Health is a right for all and physical integrity is a property that every individual can optionally give up to use a cigarette. But the consumption of a cigarette reaches not only the smoker, the smoke can often be inhaled by people nearby. These passive smokers should not necessarily accept the injuries suffered involuntarily. This is the case of workers who are exposed to cigarette smoke daily for self-support. Living in environments “loaded”, they inhale a lot of smoke equivalent to smokers. Are no few legal recognition who notes exposure for these workers to *Benzopireno* – substance provided in Norm Regulatory (NR) 15. However, most of jurisprudence understands that do not do justice to the perception further by not “operate” the substance. The method of literal interpretation is not provided legally, as can be measured with article 189 of the CLT. With more sense is justified a integrative interpretation considering the right to health and healthy environment, because, considering that the laws aims to reimburse the employee for harm inherent in the activity provided, also lives up to the additional the worker that was actually exposed to the harmful agent as provided by law. State laws that have multiplied across the country with international inspirations corroborate the understanding that consumers of certain commercial establishments submit themselves to the condition of passive smokers, and thus are exposed to various hazards. Given the above, does not apology against cigarette use, but it is proposed integrative interpretation of the ordering to enable the application of the law in the sense that it aims to: protect the worker considering their vulnerability while weaker part of the legal relationship.

KEY-WORDS: ADDITIONAL. INSALUBRITY. ENVIRONMENTAL TOBACCO SMOKE. INTERPRETATION.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 - INTERPRETAÇÃO NORMATIVA	10
1.1 - INTERPRETAÇÃO	11
1.2 - TÉCNICAS INTERPRETATIVAS	12
1.3 - SISTEMAS INTERPRETATIVOS	13
1.4 - INTERPRETAÇÃO TRABALHISTA	14
2 - LEGISLAÇÃO PERTINENTE	16
2.1 - CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	16
2.2 - CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO	17
2.3 - LEIS “ANTIFUMO”	18
2.4 - TRATAMENTO LEGAL INTERNACIONAL.....	20
3 - MEIO AMBIENTE DO TRABALHO	22
4 - A POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE POR EXPOSIÇÃO À FUMAÇA DE CIGARRO	26
4.1 - A INSALUBRIDADE E SEU ADICIONAL	26
4.2 - O ADICIONAL E AS LEIS “ANTIFUMO”	29
4.3 - O ADICIONAL CONCEDIDO E SUA INTERPRETAÇÃO.....	30
4.4 - REPERCUSSÃO DO ADICIONAL CONCEDIDO	32
6 – CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	35
CONCLUSÃO	38
BIBLIOGRAFIA	40

INTRODUÇÃO

No Brasil somente a partir da Carta Magna de 1934 – em seu art. 121, § 1º, alínea *d* – a saúde do trabalhador recebeu tutela legal. Apesar de apenas proibir o labor em indústrias insalubres para menores de 18 anos e mulheres, o dispositivo já era um reconhecimento do dever estatal de garantir proteção à saúde dos empregados.

Os dispositivos normativos produzidos em seguida foram ampliando o conceito de serviço não saudável e graduando a aplicação de adicional em função da nocividade exposta.

A Consolidação das Leis do Trabalho de 1943 admitiu a princípio como insalubre apenas as atividades industriais. Mas reformado em 1977, o art. 189 recebeu a redação que possui atualmente.

Para tentar solucionar as discussões relativas ao enquadramento das atividades insalubres o art. 190 determinou que o Ministério do Trabalho aprovasse quadro discriminando as mesmas. E a jurisprudência consolidou-se no sentido de que o adicional somente será devido quando a atividade estiver relacionada no referido quadro¹.

A portaria nº 3.124 de 1978 – dispendo critérios para a caracterização de insalubridade laboral – não tem sido corretamente atualizada em consonância com os avanços da medicina e tecnologia. Menos ainda com os anseios culturais. Nesse sentido, propõe-se pesquisa a fim de adequar o estado do ordenamento às aspirações sociais sem obrigatoriamente alterar o mesmo.

Para tanto se adota como Marco Teórico a especificidade explanada por Maurício Godinho Delgado de que “esse ramo jurídico deve ser sempre interpretado sob um enfoque de

¹ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de, **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2011, p.196.

certo modo *valorativo* (a chamada *jurisprudência axiológica*), inspirado pela prevalência dos *valores e princípios* essenciais ao Direito do Trabalho no processo de interpretação”².

Ressalte-se que não se quer fazer apologia contra ou a favor do uso de cigarros. Nem mesmo condenar os donos de estabelecimentos comerciais. E sim discutir acerca da possibilidade de se interpretar a lei de modo a proteger o direito do trabalhador à saúde.

² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11ª edição. São Paulo: Ltr, 2012, p.231

1 - INTERPRETAÇÃO NORMATIVA

A interpretação do texto legal é componente essencial no processo de formação da norma. Cada aplicador do direito, carregado de experiências pessoais ímpares, realiza uma interpretação particular de um mesmo texto. Do que se observa caracterizar-se a atividade interpretativa de grande subjetividade.

Por isso o Direito estabelece critérios objetivos a essa atividade a fim de auxiliar os aplicadores do direito no sentido de produções normativas homogêneas. Critérios esses que consolidam o complexo normativo como uma rede de conceitos harmônicos. Nesse sentido,

quanto mais a interpretação estiver conforme as regras de direito, com os princípios gerais de direito e os específicos do ramo ao qual se vincula o escrito, a norma interpretada, ao sistema normativo, maior será a possibilidade da interpretação concretizada ser considerada como correta, como sendo a melhor, a mais adequada, oportuna, pertinente, precisa.³

O Direito do Trabalho visa regular a relação jurídica existente entre empregado e empregador de modo a corrigir a desigualdade substancial inerente à mesma. Essencial critério desse ramo jurídico é o Princípio da Proteção, expressado através das aplicações da Condição Mais Benéfica, Norma Mais Favorável e *In Dubio pro Operario*⁴. A tutela dos direitos fundamentais – individuais e sociais – dos trabalhadores é também pilar deste ramo jurídico direcionando a criação, a interpretação e a aplicação dos dispositivos legais. Entretanto, não é unânime na doutrina como se deve ocorrer a combinação desses conceitos.

³ VALENTIM, João Hilário. Curso de direito do trabalho, vol.1: teoria geral do direito do trabalho. In: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Org.). **Interpretação no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007. p.100.

⁴ PLÁ RODRIGUES, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1997, p.42.

Apesar dessas divergências de entendimentos e a constante transformação das dinâmicas socioeconômicas do mundo globalizado, o Direito Trabalhista permanece firme no objetivo de proteger a dignidade humana do empregado.

1.1 - INTERPRETAÇÃO

A Hermenêutica é a ciência que ambiciona estudar os processos interpretativos, classificando e caracterizando-os. Interpretar nas palavras de Carlos Maximiliano é “explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém”⁵.

Distinguindo-se dos processos de integração e aplicação da norma, a interpretação manifesta-se antes e depois da posituação da norma. Antes, na atividade crítica do legislador ao analisar o complexo normativo existente e, então, propor uma reforma ou complemento do mesmo. Depois, constituindo fase inicial da “tríade interpretação-integração-aplicação” - qual seja, extrair o conteúdo da norma, suprir eventuais lacunas e consumir a previsão legal ao caso concreto.⁶

A despeito da interpretação, a integração é “processo de preenchimento de lacunas normativas verificadas no sistema jurídico em face de um caso concreto”, aceitando inclusive a utilização de diversas fontes normativas possivelmente aplicáveis. Enquanto que a aplicação é “processo de incidência da norma abstrata sobre o caso concreto”, efetivando-se um silogismo da premissa maior – a norma – para a premissa menor – o fato – resultando-se em uma conclusão – a sentença.⁷

⁵ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 16ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p.9.

⁶ DELGADO. 2012, p. 220.

⁷ DELGADO, 2012, p.233 e 236.

Do que se pode notar a primordial função da atividade interpretativa de consolidar determinado conteúdo normativo a um texto legal. E assim influenciar todo o ordenamento jurídico direcionando as atividades dos operadores do direito com critérios objetivos.

1.2 - TÉCNICAS INTERPRETATIVAS

No processo de construção da norma a interpretação exercita-se por técnicas que ambicionam padronizar o procedimento de aplicação do ordenamento. Entre essas técnicas citamos os “Processos Filológico, Lógico e Sistemático” explicitados por Carlos Maximiliano.

O primeiro, também chamado de Gramatical, consiste no esforço de entender a linguagem empregada para se compreender os pensamentos alheios.

Atende à forma exterior do texto; preocupa-se com as acepções várias dos vocábulos; graças ao manejo relativamente perfeito e ao conhecimento integral das leis e usos da linguagem, procura descobrir qual deve ou pode ser o sentido de uma frase, dispositivo ou norma.⁸

O segundo adota abordagem lógica no ato de desvendar o sentido de um texto. Oferece segurança, pois um mesmo dispositivo fornecerá sempre a mesma norma – premissa e consequência inalteráveis. Neste sentido,

consiste em procurar descobrir o sentido e o alcance de expressões do Direito sem o auxílio de nenhum elemento exterior, com aplicar ao dispositivo em apreço um conjunto de regras tradicionais e precisas, tomadas de empréstimo à Lógica geral. Pretende do simples estudo das normas em si, ou em conjunto, por meio do raciocínio dedutivo, obter a interpretação correta.⁹

⁸ BATISTA, Paula *apud* MAXIMILIANO, Carlos, 1996, p.106 e 107

⁹ MAXIMILIANO. 1996, p.123

O terceiro entende o ordenamento como uma rede de princípios e direitos que reciprocamente influenciam-se, pois

não se encontra um princípio isolado, em ciência alguma; acha-se cada um em conexão íntima com outros. O direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma no seu lugar próprio. De princípios jurídicos mais ou menos gerais deduzem corolários; uns e outros se condicionam e restringem reciprocamente, embora se desenvolvam de modo que constituem elementos autônomos operando em campos diversos.¹⁰

Devido a simplicidade do Processo Filológico impedir o trabalho criativo do jurista (de aplicar não apenas dispositivos isolados do complexo normativo) e de o Processo Lógico desconsiderar outros elementos inerentes às ciências sociais (como cultura e dinâmica social), o Processo Sistemático desempenha atividade importantíssima na busca pelo ideal de justiça no contexto jurídico – facilita a conjugação das técnicas interpretativas, que se complementam.

1.3 - SISTEMAS INTERPRETATIVOS

Além das Técnicas Interpretativas (também chamadas de Meios de Interpretação), a doutrina classificou a evolução dos estudos do processo interpretativo de acordo com as características de cada período desse desenvolvimento – denominando de Sistema cada fase.

O Sistema Tradicional busca exclusivamente a vontade do legislador para o caso concreto. Entendendo que “todo direito está na lei”. O Sistema Teleológico objetiva-se em atingir a finalidade da norma “considerando as necessidades práticas que o direito visa a atender”. Admitindo a lei enquanto incompleta e insuficiente para todas as possibilidades

¹⁰ MAXIMILIANO. 1996, p.128.

concretas, o Sistema da Livre Pesquisa Científica prescreve ao magistrado o dever de “procurar a solução na natureza objetiva das coisas” preenchendo as lacunas legais.¹¹

Conforme crítica explanada por Délio Maranhão, são perceptíveis nesses Sistemas Interpretativos os extremos em que se interpreta a lei de acordo ou com a vontade do legislador ou com as necessidades sociais do momento¹². Assim, acolhe-se na presente pesquisa a ideia de que ao juiz cabe criar relações entre as normas vigentes, considerando as intenções do legislador e procurando “adaptar a lei às exigências sociais” hodiernas. Para tanto o aplicador do direito tem capacidade de inovar o efeito de determinada norma.¹³

1.4 - INTERPRETAÇÃO TRABALHISTA

“O caráter democrático e igualitário do Direito do Trabalho já conduz ao desequilíbrio inerente às suas normas jurídicas e à compatível sincronia que esse desequilíbrio tem com a teoria processual do ônus da prova e com as presunções sedimentadas características desse ramo jurídico. Não se estende, contudo, o mesmo desequilíbrio à figura do juiz e à função judicante – sob pena de se comprometer a essência da própria noção de justiça”¹⁴. De modo que “a interpretação no Direito do Trabalho sujeita-se, essencialmente, ao mesmo tipo de processo imperante em qualquer ramo jurídico existente”¹⁵.

Apesar desse entendimento, no problema proposto, resta a dúvida acerca da comprovação do alegado, ou seja, como se pode afirmar que aquele que detém o ônus probatório conseguiu efetivamente provar o alegado considerando-se que é incerto o conteúdo (a matéria) que se deveria provar?

¹¹ SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de direito do trabalho**. 16ª Ed. atual. por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, p. 193

¹² *Op. cit.* p. 193

¹³ *Op. cit.* p. 194

¹⁴ DELGADO. 2012, p. 231

¹⁵ *Op. cit.* p.230.

Por isso se foca a presente pesquisa na interpretação de quais são os verdadeiros requisitos para concessão do adicional de insalubridade e, assim, no objeto que deve ser comprovado judicialmente: se a mera caracterização da atividade descrita em texto legal ou se a ocorrência efetiva da lesão que se pretende tutelar. A fim de solucionar esse problema utiliza-se como Marco Teórico (já referido) a concepção de que o Direito do Trabalho deve ser interpretado valorativamente.

2 - LEGISLAÇÃO PERTINENTE

Com o avanço da medicina e dos estudos relacionados ao tabaco, malefícios do mesmo foram e continuam sendo descobertos. A cada dia que passa relaciona-se o consumo de cigarro a mais patologias humanas. Apesar de os prejuízos decorrentes do cigarro em cada indivíduo ainda não serem totalmente determinados e previsíveis, a consciência do risco efetivo aos mesmos já está inserida nas culturas de diversos países. O que tem repercutido em medidas governamentais – como edição de leis e decretos – voltadas a inibir a perpetuação do hábito de fumar.

2.1 - CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Em um Estado Democrático de Direito o sistema normativo fundamenta e norteia-se pela Constituição. Delimitando direitos fundamentais e/ou prescrevendo princípios direcionadores a Carta Magna é filtro essencial para a interpretação de todo o ordenamento.

Entre os diversos direitos elencados como fundamentais sociais está o à saúde (art. 6º, CF). O qual em leitura conjugada com o art. 225 da Constituição Federal forma o conceito de direito ao meio ambiente do trabalho saudável – cuja proteção é dever do Estado (art. 200, VIII, CF) e que será melhor tratado em item posterior.

O art. 196 ainda dispõe que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado. Devendo esse promover políticas econômicas e sociais que visem a mais ampla e igualitária tutela daquele. Como exemplo de concretização dessa obrigação cita-se as chamadas “Leis Antifumo” que se têm proliferado pelo país – as quais também serão melhor comentadas em item posterior.

Nota-se pelo exposto que

a inviolabilidade física da pessoa humana, *no contexto juslaboral*, está assegurada (...) também pelos preceitos constitucionais diretamente vinculados à tutela da saúde do indivíduo e da presença de meio ambiente laborativo saudável. É o que desponta, com intensidade, no Título VIII da Constituição, regulatório da Ordem Social, no qual se fixa que a garantia à saúde estende-se ao trabalhador (art. 200, II, CF/88), inclusive por meio da proteção ao meio ambiente do trabalho (art. 200, VIII, CF/88).¹⁶

Por isso, a edição de leis e dispositivos infraconstitucionais e a interpretação dos mesmos devem-se pautar pela aplicação normativa que melhor adéque-se a esses preceitos.

Entretanto, a jurisprudência consolidada nas Súmulas 194 e 460 do Supremo Tribunal Federal – Suprema Corte brasileira responsável pela emissão da melhor interpretação da Carta Federativa – entende que o adicional de insalubridade (previsto no art. 7º, inciso XXIII) somente pode ser concedido caso a atividade laborativa enquadre-se em rol determinado pelo Ministério do Trabalho. Corroborando esse posicionamento está a Orientação Jurisprudencial nº 4 da SBDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho.

2.2 - CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

Hierarquicamente abaixo da Carta Magna, as leis infraconstitucionais regulam os mais diversos ramos jurídicos do ordenamento com disposições e imposições mais específicas.

A principal legislação do ramo trabalhista é a Consolidação das Leis do Trabalho, que entrou em vigor através do Decreto-Lei nº 5.452 de 1º de Maio de 1943. A mesma trata do adicional de insalubridade na Seção XII do Capítulo V, junto com o adicional de periculosidade.

¹⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 3ª edição. São Paulo: LTr, 2010, p.48.

Conforme leciona Eduardo Gabriel Saad acerca do art. 190 da referida consolidação e explicitando o entendimento majoritário das doutrinas e jurisprudência,

só é atividade ou operação insalubre aquela que figure na relação oficial a cargo do Ministério do Trabalho. Não basta provar que este ou aquele trabalho seja prejudicial à saúde do trabalhador; é mister que ele apareça na relação oficial das atividades classificadas como insalubres.¹⁷

Nesse sentido, “é imprescindível que a atividade insalubre figure em lista oficial para que aquele *plus* se torne obrigatório”¹⁸. A fim de preencher esta lei em branco, a Portaria nº 3.124 baixada em 1978 adotou critérios para a classificação de uma atividade ou operação como insalubre. A Norma Regulamentadora 15 (dentro da referida portaria) trata especialmente da insalubridade e seu Anexo 13 regula a tolerância a agentes químicos – determinando, por exemplo, a concessão do adicional a atividade que consista em operação com *Benzopireno*.

2.3 - LEIS “ANTIFUMO”

Com o desenvolvimento tecnológico e medicinal os malefícios decorrentes do consumo habitual de cigarros veem tornando-se notórios. São cada vez mais frequentes pesquisas identificando a relação do tabaco com substâncias patológicas. Concomitante com essas, ocorrem também pesquisas constatando que substancial parcela da população ainda inala fumaça proveniente da queima de cigarros (fumantes passivos) – é o caso de pesquisa

¹⁷ SAAD, Eduardo Gabriel. **Consolidação das Leis Trabalhistas Comentada**. 45ª ed. atual, ver. e ampl. São Paulo: LTr, p. 190

¹⁸ *Op. cit.* p. 299

realizada pelo IBGE em 2008 em que se constatou que 24,4% dos brasileiros com mais de 15 anos estão expostos à fumaça de tabaco em seus locais de trabalho ¹⁹.

Como consequência da conscientização social acerca do tabagismo a lei federal 9.294²⁰ (em seu art. 2º) proibiu o uso de cigarro e derivados em recintos fechados e restringiu a propaganda de produtos, além de prescrever obrigações visando sensibilizar a população – por exemplo, a veiculação de mensagens como “Ministério da Saúde adverte: fumar causa infarto do coração” em toda transmissão de eventos culturais ou esportivos – entre outras determinações. Proveniente desse precedente legal e seguindo sua proposta de direcionar as condutas individuais da nação, diversas leis municipais e estaduais têm sido editadas logrando evitar a manutenção dos fumantes passivos. Chamadas de “Leis Antifumo” proíbem fumar em locais fechados e/ou sem ventilação adequada, para tanto determinando sanções administrativas para os donos dos estabelecimentos infratores – entendendo-se para tanto como infratores os que permitirem consumo de cigarro em seus estabelecimentos.

Essas leis fundamentam-se nos malefícios que a fumaça ambiental de cigarro (FAC ou FAT – fumaça ambiental de cigarro ou tabaco) provocam no organismo humano. Elas visam evitar a exposição à FAC em locais fechados, pois, de acordo com estudos já realizados, sistemas de ventilação não são suficientes para controlar e minimizar a exposição à FAT. ²¹

Essas leis – entre elas, a 11.813/2009 de Juiz de Fora/MG, a 5.517/2009 do Estado do Rio de Janeiro, e a 13.541/2009 do Estado de São Paulo – preveem punições apenas administrativas para os donos dos estabelecimentos infratores. Tendo em vista que elas objetivam proteger os indivíduos não fumantes consumidores dos estabelecimentos, propõe-se

¹⁹ Comentários a Pesquisa Especial de Tabagismo – PETab, a qual é uma pesquisa especial da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios - PNAD 2008,

²⁰ Sancionada em 15 de Julho de 1996 e alterada pela lei federal 12.546 de 15 de dezembro de 2011

²¹ SEELING, CAMPOS e CARVALHO. **A ventilação e a fumaça ambiental de cigarros** – um estudo sobre a qualidade do ar de ambientes fechados sujeitos à FAC. Disponível em:

<http://actbr.org.br/uploads/conteudo/42_A-Ventilacao-e-a-FAC.pdf>. Acessado em: 11 de outubro de 2012.

nesta pesquisa a tutela da saúde dos empregados desses estabelecimentos que também são lesionados passivamente.

2.4 - TRATAMENTO LEGAL INTERNACIONAL

Essas leis “antifumo” são decorrentes da nova abordagem legislativa acerca do consumo de tabaco. Apesar de ainda permitir sua comercialização devido ao hábito cultural de significativa parcela populacional fumar, o legislador atual reconhece que a visão social e médica tem cada vez mais repugnado o consumo deste produto.

No sentido de proteger a saúde da população global em seus ambientes de trabalho alguns países assumiram compromissos publicamente entre si, entre eles o Brasil: Convenção nº 139²² da Organização Internacional do Trabalho (OIT) em que cada país-membro se responsabiliza a prescrever medidas a fim de proteger os trabalhadores contra os riscos de exposição às substâncias ou agentes cancerígenos (artigo 3); Convenção nº 148²³ da OIT em que se propõe prevenir e limitar os riscos profissionais devidos à contaminação do ar, o ruído e as vibrações (artigo 4); Convenção nº 155²⁴ da OIT em que se compromete a formular, pôr em prática e reexaminar periodicamente uma política nacional que tenha por objetivo prevenir os acidentes e os danos para a saúde que sejam consequência do trabalho, guardem relação com a atividade de trabalho ou sobrevenham durante o trabalho, reduzindo ao mínimo, na medida em que seja razoável e factível, as causas dos riscos inerentes ao meio ambiente de trabalho (artigo 4).

²² Aprovada no ordenamento jurídico nacional pelo Decreto Legislativo n. 03, de 07.05.90, ratificada em 27.06.1990 e promulgada pelo Decreto n. 157, de 02.06.91

²³ Aprovada no ordenamento jurídico nacional pelo Decreto Legislativo n. 56, de 08.10.81, ratificada em 14.01.1982 e promulgada pelo Decreto n. 93.413, de 15.10.86, publicado no DOU de 16.10.86 e retificado no DOU de 17.10.86.

²⁴ Aprovada no ordenamento jurídico nacional pelo Decreto Legislativo n. 2, de 17.03.92, ratificada em 18.05.1992 e promulgada pelo Decreto n. 1.254, de 29.09.94, publicado no DOU de 30.09.94.

Mais recentemente (em 27 de Outubro de 2005) o Senado Federal brasileiro ratificou a Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco (CQCT), cujo processo de elaboração representantes brasileiros coordenaram durante os anos de 1999 e 2003. Nesse Tratado Internacional o país comprometeu-se a adotar “em áreas de sua jurisdição, e conforme determine a legislação nacional, medidas legislativas, executivas, administrativas e/ou outras medidas eficazes de proteção contra a exposição à fumaça do tabaco em locais fechados de trabalho” e promover “ativamente a adoção e aplicação dessas medidas em outros níveis jurisdicionais” – art. 8º da CQCT.

Diante do exposto, salta aos olhos a atual ambição internacional em desestimular a manutenção do hábito de fumar, mas sem interferir no ato individual de escolher fumar ou não um cigarro.

3 - MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

O Brasil assinou a Declaração Universal dos Direitos Humanos onde reconheceu o direito fundamental de viver com dignidade. E se propôs em sua atual Carta Federativa a nortear todo o ordenamento jurídico e sua aplicação em prol da efetividade desse direito (art. 1º, III, CF/88).

Conformando a abordagem defensora do direito à saúde está a Lei 8.080 de 1990, que “dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências”. Na qual se afirma no art. 2º o dever estatal de prover as condições indispensáveis ao pleno exercício da saúde. A mesma lei ainda aponta em seu art. 3º alguns dos “fatores determinantes e condicionantes” da saúde – dentre os quais está o meio ambiente.

Maior reconhecimento da influência do meio ambiente na perpetuação de circunstâncias favoráveis à constante busca por um bem estar físico, mental e social está no art. 225, “caput” da CF/88 – “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (...) essencial à sadia qualidade de vida”.

Apesar de sabermos que o conceito de saúde é reflexo de uma “conjuntura social, econômica, política e cultural”²⁵ e, por isso, está em constante transformação e adaptação, é notável sua ligação com o conceito de meio ambiente – entendendo-se esse como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (art. 3º, I da lei 6.938 de 1981).

Nesse viés não se é possível imaginar a tutela da saúde ignorando as diversas influências que o meio pode acarretar na vida do indivíduo. Essa ligação se dá por meio do

²⁵ SCLIAR, Moacyr. **História do Conceito de Saúde**. Rev. Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, 17(1): 2007, p. 29-41. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v17n1/v17n1a03.pdf>>. Acessado em: 11 de outubro de 2012. p.30

direito à vida – reconhecidamente tutelado pela Política Nacional do Meio Ambiente, que “tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida” (art. 2º, *caput* da lei 6.938/1981) – e do princípio da dignidade da pessoa humana – pois,

a inviolabilidade física da pessoa humana, *abrangente da seara juslaborativa*, está assegurada (...) pela garantia constitucional de *existência digna* a todos, no plano da ordem econômica (art. 170, *caput*). É evidente que a expressão existência digna de seres humanos é ampla, abrangendo não somente a dimensão física, mas também a psicológica e ética dos indivíduos. Entretanto, esta ampla abrangência não pode obscurecer a proteção normativa à saúde e bem-estar do corpo humano, estuário de realização da vida da pessoa em todas as suas dimensões.²⁶

Por isso a “tutela jurídica do direito ambiental do trabalho desenvolve-se desde a qualidade do ambiente físico interno e externo do local do labor, passando pelas relações intersubjetivas até a saúde física e mental dos trabalhadores”²⁷.

Entre as diversas características que constituem o complexo direito à dignidade da pessoa humana, o artigo XXIII da referida Declaração aprovada na Organização das Nações Unidas descreve que “toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego” (grifo nosso).

Um ambiente do trabalho seguro e saudável é direito fundamental dos trabalhadores, sendo as normas tutelares desse ambiente dotadas de cogência absoluta, que asseguram aos trabalhadores direitos indisponíveis, com base no seu caráter social. Essas normas não podem ser derogadas nem por negociação coletiva. Daí a eficácia horizontal, isto é, vincula relações político-jurídicas privadas, como a relação entre trabalhador e tomador de serviços, cuja exigibilidade judicial é concretizada também por mecanismos constitucionais.²⁸

Para tanto, Alice Monteiro de Barros conceitua o meio ambiente do trabalho como “o local onde o homem obtém os meios para prover a sua subsistência, podendo ser o

²⁶ DELGADO. 2010, p. 48.

²⁷ NASCIMENTO, Carlos Francisco do. **Direito Ambiental do Trabalho: uma nova orientação da tutela ambiental**. Revista eletrônica Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10230&revista_caderno=25>. Acessado em: 11 de outubro de 2012.

²⁸ *Op. cit.*

estabelecimento empresarial, o ambiente urbano, no caso dos que executam atividades externas e até o domicílio do trabalhador, no caso do empregado a domicílio”.²⁹

Mais especificamente relacionado ao tema proposto, nas considerações fundamentais das diretrizes orientadoras de implementação da Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco (CQCT), aprovadas em julho de 2007, ressaltou-se que “as Partes podem ser obrigadas a enquadrar as ameaças decorrentes da exposição à fumaça de tabaco de acordo com a legislação trabalhista já existente ou com outras leis que regulem a exposição à substâncias nocivas incluindo as carcinogênicas” . E na própria CQCT reconheceu-se que “a ciência demonstrou de maneira inequívoca que a exposição à fumaça do tabaco causa morte, doença e incapacidade” (art. 8º).

Reforçando os malefícios à saúde gerados pela exposição à fumaça de tabaco, a OIT já declarou no “Relatório Introdutório: Trabalho Decente – Trabalho Seguro” apresentado no XVI Congresso Mundial de Saúde e Segurança no Trabalho realizado em 2005:

O fumo é claramente reconhecido na atualidade como o maior problema no trabalho e métodos de prevenção dos seus efeitos danosos são basicamente os mesmo de qualquer outro risco no trabalho. De acordo com estimativas, a mortalidade decorrente da exposição à fumaça do tabaco no ambiente de trabalho (tabagismo passivo no trabalho) causa 2,8% de todos os tipos de câncer. A fração de mortes atribuídas ao fumo passivo é de 1,1% por doença crônica do pulmão, 4,5% por asma, 3,4% por doença do coração e 9,4% por acidente vascular cerebral. Isso totaliza 14% de todas as mortes relacionadas ao trabalho causadas por doenças ou 200 mil mortes. Muitos destes trabalhadores estão em restaurantes, setores de entretenimento e serviços, mas este problema pode existir em qualquer ocupação.³⁰

Considerando-se que, segundo estudos já realizados, a FAC não pode ser evitada através de sistemas de ventilação, tem-se por inevitável o fato de que diversos trabalhadores

²⁹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2005. p. 1018.

³⁰ International Labour Office. **Introductory Report: Decent Work – Safe Work**. XVIIth World Congress on Safety and Health at Work. Orlando, 18-22 September. 2005. p.16. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/english/region/eurpro/moscow/areas/safety/docs/worldcongressreporteng.pdf>>. Acessado em: 11 de outubro de 2012.

se vêm forçados a inalar substâncias lesivas a suas saúdes – é o caso de pesquisa realizada no Programa de Pós-Graduação em Meteorologia da Universidade Federal de Pelotas em que se concluiu que “mesmo altas taxas de ventilação não reduzem o risco de vida imposto pela FAC ao aceitável” e que “em ambientes ventilados naturalmente, ventos da ordem de mil quilômetros por hora seriam necessários para induzir tais taxas”³¹.

No meio ambiente do trabalho, o bem jurídico tutelado é a saúde e a segurança do trabalhador, o qual deve ser salvaguardado das formas de poluição do meio ambiente laboral, a fim de que desfrute de qualidade de vida saudável, vida com dignidade. A poluição, por sua vez, é definida pela Lei de Política Nacional como “a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população ou afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente”.³²

³¹ SEELIG. p.253 e 356

³² BARROS. p. 1018.

4 - A POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE POR EXPOSIÇÃO À FUMAÇA DE CIGARRO

Neste capítulo aborda-se a interpretação proposta em precedentes judiciais do Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul a fim de se repensar os requisitos do adicional não apenas no caso em tela, mas também em diversas outras situações concretas semelhantes.

4.1 - A INSALUBRIDADE E SEU ADICIONAL

Conceitua o dicionário Houaiss que insalubre é aquilo “capaz de prejudicar de alguma forma a saúde do trabalhador”³³. Neste sentido, “o trabalho insalubre é aquele exposto a agentes que podem afetar ou causar danos à saúde, provocar doenças, ou seja, é o trabalho não salubre, não saudável”³⁴. Visando compensar a saúde dos indivíduos que executam esses trabalhos o legislador brasileiro adotou o adicional de insalubridade.

Comparando o Direito Trabalhista internacionalmente observa-se a adoção de três estratégias básicas no tratamento desta condição de trabalho: a) aumento da remuneração – também chamado de monetização do risco; b) proibição do trabalho; c) redução da duração da jornada de trabalho. A segunda estratégia é a ideal, mas impossível de ser efetivada, pois, apesar de ser a que melhor protege a saúde do trabalhador, ignora o fato de que alguns serviços insalubres são necessários a existência das sociedades atuais. O legislador brasileiro

³³ HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p.1623

³⁴ OLIVEIRA, p. 194

optou pela primeira estratégia, e continua a adotá-la. Enquanto que se nota uma tendência mundial em se passar a adotar a terceira estratégia.³⁵

A monetização do risco fundamenta-se em duas ideias: aumento de salário propicia melhor alimentação, a qual fortalece a defesa do corpo humano contra as lesões decorrentes do trabalho insalubre; o ônus de oferecer maior remuneração inibe o empregador forçando-o a melhorar as condições de trabalho de seus empregados. Ideias que já se mostraram obsoletas e ineficazes. Pois, ao contrário do pretendido, favorece-se a manutenção e proliferação de atividades insalubres vez que ao empregador é muito mais barato manter as condições de trabalho do que melhorá-las por meio de investimentos – não fornecendo Equipamentos de Proteção Individual ou Coletivos e pagando (ou não) o adicional, já que nem todos os empregados recorrerão ao Judiciário e, caso flagrados por órgãos responsáveis por fiscalização, se poderá negociar um Termo de Ajustamento de Conduta. Além disso, os trabalhadores ignorantes dos riscos a que se expõem tendem a procurar os trabalhos insalubres vendendo a própria saúde em troca de acréscimo salarial e o direito de se aposentar mais cedo.³⁶

Apesar de os principais dispositivos do ordenamento ainda preverem a concessão do adicional, o Brasil já adotou novas concepções quanto à tutela da saúde dos trabalhadores. Por exemplo, as leis “antifumo”, as Normas Regulamentadoras 7 e 9 – respectivamente obrigando a implementação de Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (PCMSO) e Programa de Prevenção de Riscos Ambientais (PPRA) – e os tratados internacionais citados em item anterior (Convenções nº 139, 148 e 155 da OIT). De modo que o legislador brasileiro tem demonstrado, por meio da efetivação do direito fundamental previsto no art. 7º, XXII da Constituição Federal – qual seja o direito a redução dos riscos

³⁵ *Op. cit.* p. 154

³⁶ OLIVEIRA. p. 154 e 155

inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde –, preocupar-se cada vez mais em realmente tutelar a saúde, bem indisponível no Direito do Trabalho.

Portanto, classificar o direito do trabalhador de ter sua saúde tutelada como bem indisponível na dinâmica da relação trabalhista enfatiza o novo tratamento jurídico aspirado pela sociedade brasileira atual. A esse respeito, entende Maurício Godinho que:

Absoluta será a indisponibilidade, do ponto de vista do Direito Individual do Trabalho, quando o direito enfocado merecer uma tutela de nível de interesse público, por traduzir um patamar civilizatório mínimo firmado pela sociedade política em um dado momento histórico. É o que ocorre, como já apontado, ilustrativamente, com o direito à assinatura de CTPS, ao salário mínimo, à incidência das normas de proteção à saúde e segurança do trabalhador. (grifo nosso)³⁷

Seguindo essa evolução no posicionamento do legislador brasileiro e considerando o Marco Teórico adotado, o Princípio da Proteção (essencial ao Direito do Trabalho nacional) deve servir de enfoque ao intérprete e aplicador do direito de modo a valorar a saúde do trabalhador como bem jurídico fundamental e de absoluta indisponibilidade no ordenamento trabalhista. Haja vista que “não é (..) apenas a lei escrita que deverá ser interpretada, mas toda a norma jurídica, e não somente os preceitos obscuros. Há situações em que o esforço hermenêutico é mais simples e em outras é mais complexo”³⁸.

Ressaltando que o dispositivo delimitador da concessão do adicional de insalubridade está há mais de trinta anos quase idêntico (sem atualização), uma releitura de seu texto identificando e ponderando seus institutos e critérios apresenta-se mais sensata e justa de modo a adaptar a aplicação do dispositivo às recentes aspirações do legislador e da sociedade.

³⁷ DELGADO. 2012, p. 211

³⁸ BARROS. p.126.

4.2 - O ADICIONAL E AS LEIS “ANTIFUMO”

Até algumas décadas atrás o consumo de cigarro era visto como atitude elitista e culta, e não como algo lesivo ao bem estar físico. Constantemente assistia-se artistas reconhecidos mundialmente fumando em filmes e programas de televisão – o que acontecia por grande influência do *lobby* das indústrias de tabaco. Recentemente os malefícios do tabaco veem sendo relacionados a diversas patologias e, em consequência desses avanços médicos, a sociedade modificou sua visão a respeito do cigarro. Naturalmente, o ordenamento refletiu também esta nova visão – um nítido exemplo são as leis “antifumo”.

As leis “antifumo” não contradizem a análise proposta neste estudo. Pelo contrário, coadunam-no, pois reconhecem os riscos de prejuízos e danos àqueles expostos à FAC. Mas essas leis prescrevem sanções administrativas aos proprietários dos estabelecimentos infratores e não determinam indenização aos funcionários que, assim como os consumidores, tiveram suas saúdes reconhecidamente ameaçadas.

A presente pesquisa também harmoniza-se com os argumentos de quem é favorável à manutenção da legalização do consumo do cigarro. Pois o consumo de drogas (lícitas ou ilícitas), enquanto expressão da autonomia da vontade, é fator de formação da personalidade do indivíduo. Portanto, não pode o Estado intervir rigorosamente nesse processo subjetivo, devendo entretanto agir logrando oferecer indistintamente proteção à saúde de todos os indivíduos – orientando as pessoas acerca dos riscos de disporem da própria saúde em troca de contraprestação salarial e oferecendo amparo àqueles que optem por se expor.

De modo que para a coexistência pacífica entre fumantes e não fumantes uma possibilidade seria que as leis dispusessem liberdade aos estabelecimentos comerciais optarem entre atender ou todas as pessoas (fumantes e não fumantes) ou exclusivamente os não fumantes. Nesse caso o consumidor é quem escolheria por se expor ou não à FAT – e

assim expor ou não a própria saúde a lesão – enquanto que o empresário dono do estabelecimento estaria obrigado a pagar adicional de insalubridade a seus funcionários no caso de aceitar atender a todas as pessoas indistintamente – já que seus funcionários expor-se-iam involuntariamente à fumaça exalada pelos clientes.

Talvez com essa alternativa a fiscalização fosse mais facilmente efetivada e o Estado não interferisse tanto na liberdade individual a ponto de permitir a comercialização de cigarros, mas coibir o uso restringindo-o a determinados ambientes sociais.

4.3 - O ADICIONAL CONCEDIDO E SUA INTERPRETAÇÃO

Previsto constitucionalmente no art.7º, XXIII, o direito a percepção do adicional de insalubridade está regulado nos arts. 189 a 197 da Consolidação das Leis do Trabalho. Como requisito para sua percepção, a lei abriu margem para que fossem determinadas quais atividades serão consideradas insalubres e quais critérios dever-se-ão adotar para sua caracterização – o que foi complementado com a NR 15.

Conforme já dito anteriormente, a doutrina e jurisprudência interpretam taxativamente os requisitos para concessão do adicional de insalubridade. Exigem não apenas que se realize perícia judicial, mas que através dessa comprove-se a caracterização do descrito legalmente – ou seja, a ocorrência de uma conduta “tipicamente insalubre”.

Exemplificando concretamente este entendimento, decidiram os Ministros do Tribunal Superior do Trabalho no Recurso de Revista 77400-11.2006.5.04.0304, 2ª T., Rel. Min. Vantuil Abdala (julgado em 27/05/2009 e publicado em 19/06/2009):

A reclamante, operadora de *telemarketing*, não faz jus ao adicional de insalubridade, pois a sua atividade não se enquadra no Anexo 13, que prevê o pagamento do adicional de insalubridade em grau médio para as atividades de telegrafia e radiotelegrafia, manipulação em aparelhos do tipo morse e

recepção de sinais em fones. Segundo o disposto no art. 190 da CLT e orientação jurisprudencial n. 04, item I, da SBDI-1, não basta a constatação da insalubridade por meio de laudo pericial para que o empregado tenha o direito ao respectivo adicional, é necessária a classificação da atividade insalubre nas normas elaboradas pelo Ministério do Trabalho.

E também assim decidiram os Ministros do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região no [Processo 0119400-13.1998.5.04.0011 \(RO\)](#), de 26 de março de 2003:

A atividade realizada pelo reclamante não se enquadra no Anexo 13 da NR 15 da Portaria 3214/78 – ‘Operações Diversas’ (benzopireno), porquanto o trabalho desenvolvido (zelador) não envolvia ‘operação’ com benzopireno, produto daí derivado ou composto com tal substância. Apesar de serem públicos e notórios os malefícios causados à saúde pela exposição a agentes carcinogênicos, como o benzopireno contido no fumo, não há previsão legal a autorizar o enquadramento procedido pelo perito.

A percepção do adicional de insalubridade por atividades que operem a substância *Benzopireno* fundamenta-se no risco da exposição da saúde dos trabalhadores, pois o menor contato direto com a referida substância pode lesar a integridade física do trabalhador imensuravelmente a longo prazo. Com maior razão justifica-se a percepção do adicional de insalubridade no caso de o trabalhador ser efetiva e reiteradamente exposto à substância. Como é o caso dos funcionários de estabelecimentos prestadores de serviços (garçons, caixas, atendentes, ...) que comprovadamente – inclusive por perícias judiciais – são expostos às mais diversas substâncias, dentre as quais o *Benzopireno*.

Assim, a despeito do entendimento consolidado, o mesmo TRT decidiu no Acórdão 0077500-48.2009.5.04.0372 (RO), de 1º de fevereiro de 2011:

(...) o sentido da norma (Portaria 3.124/78, NR-15, Anexo 13) é de proteção dos empregados que em razão de sua atividade sejam atingidos pelos efeitos nocivos de agentes químicos, efeitos estes que se revelam de forma progressiva e cumulativa, de qualquer forma representando risco à saúde do empregado.

Nota-se nesse paradigma uma mudança na interpretação das exigências para concessão do adicional de insalubridade. O aplicador do direito considera mais relevante o sentido do texto, e não apenas a mera sequência de palavras. Cita-se ainda outra decisão ainda do TRT da 4ª Região no mesmo sentido – o Acórdão 0035200-15.2008.5.04.0402 (RO):

Embora a literalidade da norma constante no anexo 13 da NR-15 considere insalubres operações com benzopireno, há que se reconhecer que a nocividade à saúde decorre do contato com a referida substância. Por certo, a norma não foi editada com o propósito de afastar sua incidência sobre situações de trabalho nas quais ocorre a inalação do benzopireno. A regra está inserida em um tópico intitulado ‘Operações Diversas’, o que bem atesta o caráter diversificado, maleável e não restritivo com que deve ser interpretada. Mais que descrever um tipo de operação, a regra tratou de identificar a substância nociva, considerando-a insalubre. Assim, a referida norma incide no presente caso, no qual a reclamante tinha que respirar em um ambiente de trabalho presumidamente impregnado de fumaça de cigarro. Adota-se, dessa forma, uma interpretação que dá ao dispositivo um alcance compatível com os direitos fundamentais à saúde (art. 6º da CF/88) à redução dos riscos inerentes ao trabalho (RT. 7º, XXII da CF/88).

O legislador não possui capacidade de vislumbrar todas as situações fáticas possíveis. Principalmente quando se ressalva os conhecimentos científicos publicados à época da edição da CLT. Assim, compete aos operadores do direito adaptar a aplicação da norma à realidade considerando os anseios sociais e a vontade do legislador – é o prescrito pelo art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

Nas decisões inovadoras apresentadas os magistrados realizaram interpretações extensivas com fim de efetivar essa compatibilização entre o texto legal e a realidade fática, por entenderem que o legislador de hoje quer dizer muito mais do que aquilo que está escrito.

4.4 - REPERCUSSÃO DO ADICIONAL CONCEDIDO

Há operadores do direito que entendem tratar-se de caráter indenizatório a compensação por dano sofrido decorrente de exposição à fumaça de cigarro. Fundamentam-se

nos art. 186 e 927 do Código Civil, pois “o empregador é responsável pelo meio ambiente saudável, cabendo-lhe evitar esse incômodo respiratório contra seus empregados”, sendo que “sua omissão, dolosa ou culposa, em poupar os empregados do contato com substância reconhecidamente nociva, acarreta direito de indenização pelos dissabores e mal estar gerados no trabalho”³⁹.

A despeito disso, a mutação normativa apresentada é a opção mais imediata e harmoniosa de se aplicar a nova abordagem de tutela da saúde do trabalhador aspirada pelo legislador. Pois, considerando-se que o consumo de tabaco é prática permitida pelo ordenamento, que os empregadores podem entender como mais lucrativo desrespeitar as leis “antifumo” (permitindo que seus clientes fumem e correndo risco de pagar multas e possíveis indenizações aos poucos trabalhadores que reclamarem seus direitos judicialmente), que a NR 15 não é devidamente atualizada, que os procedimentos legislativos para alteração dos dispositivos da CLT demandam tempo e debates mínimos, que os sindicatos constantemente esquecem de negociar e/ou fiscalizar a adoção de todas medidas que resguardem a integridade física de seus sindicalizados e que os maiores interessados (os trabalhadores) não possuem informação a respeito de seus direitos, a jurisprudência tem capacidade de conscientizar os personagens das relações jurídicas cotidianas através de demonstração casuística.

“A condenação judicial, além de conceder à vítima a indenização cabível, produz um importante efeito pedagógico de inibir os infratores potenciais, incentivando, por consequência, o cumprimento ‘espontâneo’ das normas de proteção à saúde do trabalhador”

³⁹ CAVALCANTE, Henrique C. **Fumo passivo e indenização trabalhista**. Tese perante a Comissão de Subtema II – O Meio Ambiente de Trabalho e a Dignidade da Pessoa Humana: Responsabilidade Socioambiental do Empregador durante o XIV Congresso Nacional de Magistrados Trabalhistas. Disponível em: <http://www.actbr.org.br/uploads/conteudo/424_Artigo_Henrique_Cavalcante_responsabilidade_empregador_ALT.pdf>. Acessado em: 11 de outubro de 2012. p.9

⁴⁰. De modo que a mudança no entendimento jurisprudencial é a via mais rápida para transformar concretamente a relação entre o empregado e seu meio ambiente de trabalho.

Ressalta-se que a interpretação analisada na presente pesquisa não se trata de ativismo judicial, pois os operadores do direito não estão inovando o ordenamento. Já existindo norma regulando o caso – entendendo-se por ativismo judicial, nas palavras de Luis Roberto Barroso, “uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário” ⁴¹. Está-se apenas mudando a forma de interpretar e tutelar a saúde da parte hipossuficiente na relação jurídica trabalhista, já que o próprio legislador reconheceu os malefícios do tabaco e assumiu novas concepções no modo de resguardar a saúde dos indivíduos em face da exposição à FAC. Ou seja, está-se adequando o direito existente às inovações (e intenções) legislativas, e não se expandindo a interpretação a casos sem previsão legal (criando norma).

⁴⁰ OLIVEIRA. p. 160

⁴¹ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Edição nº 4 da Revista Eletrônica “Atualidades Jurídicas” do Conselho Federal da OAB, de Janeiro/Fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Último acesso em: 27 de Agosto de 2012. p.17.

6 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Rotineiramente sem ter consciência dos riscos e malefícios a que se submetem os trabalhadores sacrificam seus bens maiores – a própria saúde – para o lucro dos empregadores. Vendem a saúde e expõem a vida em troca de acréscimo salarial e oportunidade de aposentadoria precoce. Entretanto, essas lesões causadas ao bem estar podem ser evidenciadas somente após vários anos, quando já estão graves e/ou irreversíveis.

No caso abordado a agressão referida abrange autolesão permitida pelo ordenamento civilista. Mas independente de serem fumantes ativos, no ambiente de trabalho a saúde dos trabalhadores deve ser preservada indistintamente. Ratificando esse entendimento, as citadas leis “antifumo” visam preservar a saúde dos consumidores, fumantes e não fumantes, em face da fumaça de cigarro no ambiente.

A concessão do adicional insalubridade em situações que se encontre substância legalmente reconhecida como prejudicial à saúde pode e deve ser feita. Pois, considerando ser a saúde do trabalhador bem indisponível no Direito Trabalhista e constitucionalmente posta como direito fundamental, a interpretação teleológica (com resultado extensivo) e sistemática (levando em conta principalmente os dispositivos mais recentes, como o CQCT) do ordenamento normativo apresenta-se como a mais adequada e correta em face do texto legal defasado.

Em abstrato, a legislação reguladora do adicional deve ser interpretada restritivamente a fim de obter a essência normativa que servirá de parâmetro para estudos e análises de direitos em conflito (extrair o cerne normativo). Em concreto, os direitos apontados pelos doutrinadores e legisladores devem ser identificados e valorizados pelo magistrado na busca pela justiça de cada litígio. De modo que os métodos interpretativos

Lógico, Sistemático e Teleológico devem comunicar-se e serem tidos como convergentes, produzindo uma conclusão interpretativa mais adequada ao sistema normativo.

No caso tratado, o direito à saúde já teve sua delimitação prévia e reconhecidos seus agentes lesivos. Entretanto, a proteção descrita expressamente no texto legal que delimita a aplicação do adicional de insalubridade não abrange todas as hipóteses fáticas. Ficando o bem estar do trabalhador à mercê da sorte.

Tendo em vista que o ordenamento não prevê medidas preventivas efetivamente protetoras da saúde dos trabalhadores, e sim apenas a paliativa de pagamento de acréscimo na contraprestação, a interpretação sistemática e integrativa – através da conjugação dos sistemas de interpretação Tradicional e Teleológico – é a melhor alternativa para o aplicador do direito atuar com justiça e atender os preceitos jurídicos do ordenamento. A esse respeito conceitua-se a interpretação sistemática como

o enlace entre a norma tomada para a aplicação e outras normas do sistema visando a estabelecer uma conexão entre todas para do conjunto resultar uma conclusão mais próxima da vontade da lei. Nesse ponto procura-se não apenas o que a norma escolhida declara, mas o que ela representa no quadro normativo com as demais normas, sempre sob o comando da Constituição.⁴²

Melhor seria a efetivação de outras medidas a fim de realmente resguardar a integridade física do trabalhador (como a diminuição da jornada de trabalho proporcional à insalubridade do serviço), mas o paradigma ressaltado na presente análise anseia também conscientizar os indivíduos de grupos sociais marginalizados e alienados quanto a seus direitos.

Ademais, ressalte-se que a segurança jurídica gerada pela aplicação restritiva do adicional de insalubridade não deve sobrepor-se a interpretação que melhor amparar a saúde do empregado. O empregador necessita de estabilidade normativa para direcionar suas

⁴² NASCIMENTO, Amauri Mascaro, **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho / relações individuais e coletivas do trabalho**. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.483.

condutas, mas essa estabilidade deve respeitar e resguardar os direitos de seus empregados. Concluindo-se que a segurança jurídica deve limitar-se ao rol de agentes patológicos previstos legalmente e à comprovação judicial da exposição a um desses agentes.

CONCLUSÃO

A partir dessas considerações, conclui-se que o legislador brasileiro vem paulatinamente inserindo no ordenamento jurídico nacional a concepção social moderna de que o consumo de tabaco é prejudicial à saúde. De modo que as inovações legislativas mais recentes demonstraram claramente ser um dever estatal – exercido através de políticas públicas e regulações normativas – o acatamento da saúde dos indivíduos em face do cigarro.

Devido o Marco Teórico aplicado priorizar valores e princípios no processo de interpretação trabalhista, enfatiza-se que o sistema normativo brasileiro atual deve proteger objetivamente a saúde das pessoas – em especial daquelas que se expõem a agentes patológicos (como o cigarro) involuntariamente nos ambientes laborais. Razão pela qual a conjugação de sistemas interpretativos – Tradicional e Teleológico – através da técnica interpretativa sistemática aflora-se como aplicação mais justa e fiel da norma trabalhista referente ao caso concreto.

Portanto a concessão do adicional de insalubridade por exposição à fumaça proveniente de cigarros justifica-se não apenas pela comprovação judicial de exposição a agente previsto na NR 15, mas também por ser uma declaração judicial reconhecendo os direitos à saúde e à vida digna dos indivíduos em atividades laborais. Denotando-se assim um caráter instrutivo (às pessoas que não conhecem seus direitos sequer superficialmente) e protecionista (por tutelar o direito fundamental à saúde e a liberdade) da norma e da decisão judicial.

Ademais, por se entender que o valor protetivo da norma trabalhista sobrepõe-se ao texto legal exposto, a abordagem da presente pesquisa visa não se restringir apenas à

exposição a *Benzopireno* presente na fumaça de tabaco. Expande-se a todos os elementos nocivos presentes na NR 15 e aos quais os trabalhadores podem estar expostos de forma diferente da prevista expressamente.

BIBLIOGRAFIA

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Edição nº 4 da Revista Eletrônica “Atualidades Jurídicas” do Conselho Federal da OAB, de Janeiro/Fevereiro de 2009. Disponível em:
<<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Último acesso em: 27 de Agosto de 2012.

CAVALCANTE, Henrique C.. **Fumo passivo e indenização trabalhista**. Tese perante a Comissão de Subtema II – O Meio Ambiente de Trabalho e a Dignidade da Pessoa Humana: Responsabilidade Socioambiental do Empregador durante o XIV Congresso Nacional de Magistrados Trabalhistas. Disponível em:
<http://www.actbr.org.br/uploads/conteudo/424_Artigo_Henrique_Cavalcante_responsabilidade_empregador_ALT.pdf>. Acessado em: 11 de outubro de 2012.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11ª edição. São Paulo: LTr, 2012.

DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 3ª edição. São Paulo: LTr, 2010.

Ministério da Saúde; Instituto Nacional de Câncer; Secretaria Executiva da Comissão Nacional para a Implementação da Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco (CONICQ). **Diretrizes para implementação do Artigo 8º da Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco**. Disponível em:
<<http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/b987ec80477ada409fe1ff95cf639ea3/Diretrizes+para+Implementa%C3%A7%C3%A3o+do+Art+8.+CQCT.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=b987ec80477ada409fe1ff95cf639ea3>>. Acessado em: 11 de outubro de 2012.

HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios: Pesquisa Especial de Tabagismo**. Disponível em:
<<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2008/suplementos/tabagismo/comentarios.pdf>>. Acessado em: 11 de outubro de 2012.

International Labour Office. **Introductory Report: Decent Work – Safe Work**. XVIIth World Congress on Safety and Health at Work. Orlando, 18-22 September. 2005. Disponível em:
<<http://www.ilo.org/public/english/region/eurpro/moscow/areas/safety/docs/worldcongressreporteng.pdf>>. Acessado em: 11 de outubro de 2012.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 16ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho / relações individuais e coletivas do trabalho**. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NASCIMENTO, Carlos Francisco. **Direito Ambiental do Trabalho: uma nova orientação da tutela ambiental**. Revista eletrônica Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10230&revista_caderno=25>. Acessado em: 11 de outubro de 2012.

Observatório da Política Nacional de Controle do Tabaco. **Nova lei proíbe fumar em recintos coletivos fechados em todo Brasil**. Disponível em: <http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/observatorio_controle_tabaco/site/status_politica/ambientes_livres_tabaco>. Acessado em: 11 de outubro de 2012.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2011.

PLÁ RODRIGUES, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1997.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Consolidação das Leis Trabalhistas Comentada**. 45ª ed. atual, ver. e ampl. São Paulo: LTr, 2012.

SCLIAR, MOACYR. **História do Conceito de Saúde**. Rev. Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, 17(1): 2007, p. 29-41. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v17n1/v17n1a03.pdf>>. Acessado em: 11 de outubro de 2012.

SEELIG, Marina Fonseca; CAMPOS, Cláudia Rejane Jacondino de; CARVALHO, Jonas da Costa. **A ventilação e a fumaça ambiental de cigarros – um estudo sobre a qualidade do ar de ambientes fechados sujeitos à FAC**. Disponível em: <http://actbr.org.br/uploads/conteudo/42_A-Ventilacao-e-a-FAC.pdf>. Acessado em: 11 de outubro de 2012.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de direito do trabalho**. 16ª Ed. atual. por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 1996.

VALENTIM, João Hilário. Curso de direito do trabalho, vol.1: teoria geral do direito do trabalho. In: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Org.). **Interpretação no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007. p. 99-113.