

# A INEFICÁCIA, A INEFICIÊNCIA E A INCOERÊNCIA DAS TUTELAS JURÍDICA E JURISDICIONAL DISPENSADA AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

Emília Simeão Albino Sako\*  
Hermann de Araujo Hackradtt\*

SUMÁRIO: 1 Introdução - 2 Tutela jurídica e tutela jurisdicional - 3 A proteção legal dirigida ao meio ambiente do trabalho - 4 Classificação dos agentes insalubres - competência do Ministério do Trabalho - 5 O agente insalubre ruído 6 - Lixo urbano - 7 Trabalho a céu aberto e em regiões pantanosas ou alagadiças - 8 Iluminação insuficiente no ambiente de trabalho - 9 Local de trabalho desativado - impossibilidade de produção da prova pericial - 10 Base de cálculo do adicional de insalubridade - 11 Sentença em matéria de insalubridade - efeitos declaratório, condenatório e mandamental - 12 Conclusão. Bibliografia.

SUMMARY: 1. Introduction - 2 Juridic task and Jurisdictional task - 3 The protection direced to the work

---

\* Especialista em Ciência Política e Desenvolvimento Estratégico. Mestre em Direito Negocial. Doutoranda em Direito Social pela Universidade Castilla-La Mancha - Espanha. Juíza do Trabalho da 9ª Região.

\* Mestre em Ciências Sociais. Doutorando em Direito Social pela Universidade Castilla La Mancha - Espanha. Juiz do Trabalho na 21ª Região.

environment - 4 Classification of  
prejudicial agents - competence of the  
Ministry of Work - 5 Harmful noise 6 -  
City trash - 7 Work in open air and in  
swampy regions or could become  
inundated - 8 Insufficient light in the work  
place - 9 Passive, boring work place -  
impossibility of producing the expert proof  
- 10 Base for calculating the extra for sick  
work place - 11 Material pronouncement  
of the harmfulness - declarative facts,  
condemnation and mandate - 12  
Conclusion. Bibliography

RESUMO: As transformações sociais  
ditadas pelas inovações tecnológicas e pelos  
avanços técnicos implicaram modificação  
na forma de execução do trabalho,  
exigindo a redefinição de conceitos  
tradicionais. O trabalho continua sendo a  
fonte de produtividade, inovação e  
competitividade, porém as mudanças no  
mundo do trabalho não estão sendo  
acompanhadas pela legislação, tampouco,  
pelos tribunais. No aspecto específico do  
meio ambiente de trabalho, como a  
legislação não avança, é o juiz quem deve  
prestar, no processo, uma tutela específica e  
eficaz a fim de projetar sua decisão para  
fora dele e transformar a realidade social  
desigual, na qual estão inseridos milhares  
de trabalhadores.

**ABSTRACT:** The social transformations dictated by technological innovations and by technical advances suggest modification in the way work is performed, and demands a redefinition of traditional concepts. Work continues to be the fountain of productivity, innovation and competitiveness, however the changes in the work world are not being accompanied by legislation, much less, by tribunals. In the specific case of the work place, so long as legislation does not go forward (and the judge, who is the key to effecting change through the process of making specific and independent judgements and then clearly laying out these independent decisions), unequal social reality, in which millions of workers find themselves, will not be transformed.

**PALAVRAS-CHAVE:** Meio ambiente do trabalho. Tutela. Efetividade. Juiz.

**KEY-WORDS:** Work place. Custody. Effectiveness. Judge

## **1 Introdução**

A categoria *trabalho*, hoje objeto de estudos nas mais variadas áreas do conhecimento, economia, sociologia e direito, detém em seu conceito aspectos de abrangência múltipla, e de

preocupações cada vez mais relevantes. Sob o prisma jurídico assume preponderância como elemento sócio-cultural cada vez mais indispensável para a inserção das Nações no conceito de desenvolvidas, e preocupadas com direitos fundamentais básicos de todo cidadão. O Estado tem procurado criar normas mais abrangentes e dotadas de mecanismos destinados à sua efetividade, bem como imprimir maior dinamismo ao processo judicial a fim de proteger direitos sociais e distribuir justiça. A vida, a saúde e o bem-estar do homem têm grande relevância para a sociedade, na medida em que possibilitam o exercício de um trabalho regular e uma sobrevivência digna. No aspecto social e humano, é grande a preocupação com um ambiente de trabalho saudável e salubre, que previne o mal-estar e as doenças, conservando a higidez física e mental do trabalhador. Entre os principais agentes insalubres catalogados pelos estudiosos da medicina e segurança do trabalho no Brasil - atividades ou operações insalubres -, e que expõem o trabalhador a situações de risco, estão o ruído, o calor radiante, a radiação ionizante, as pressões hiperbáricas, as radiações não ionizantes, vibrações, o frio, a umidade, os agentes químicos e biológicos e as poeiras minerais. Mas além destes que constam na relação oficial feita pelo Ministério do Trabalho existem outros de natureza insalubre presentes no trabalho a céu aberto, em lugares alagadiços, no contato com lixo urbano. Fatores adversos como o estresse e os movimentos repetitivos são também agentes que causam doenças profissionais e do trabalho, e que ainda não foram catalogados pelas autoridades. Se a norma jurídica e a autoridade administrativa são omissas e/ou ineficientes para disciplinar as condições necessárias para manter e resguardar a segurança e a saúde no local de trabalho, resta ainda uma esperança: *a tutela jurisdicional*. A criatividade do magistrado na interpretação do direito conduz a ações positivas necessárias à realização do ideal de justiça.

## 2. Tutela jurídica e tutela jurisdicional

No aspecto jurídico, tutela é a proteção que o Estado, por meio de leis imperativas e gerais, confere à pessoa para que realize plenamente as situações consideradas eticamente desejáveis, segundo valores vigentes na sociedade, seja em relação aos bens, seja em relação a outros membros do convívio, por meio de preceitos reguladores da convivência e as atividades destinadas à efetividade desses preceitos.<sup>1</sup> A convivência pacífica entre os povos pressupõe a existência de regras de conduta destinadas a regular o comportamento humano, assegurar direitos, disciplinar comportamentos, impor deveres etc. Tutela jurídica é a proteção emanada das fontes materiais e formais do direito, e não se confunde com tutela jurisdicional; está é também proteção, porém, não é conferida pela norma jurídica, e sim pelo juiz, no processo. É “o pronunciamento estatal sobre o litígio posto ao conhecimento do Poder Judiciário”.<sup>2</sup> O juiz, no exercício dos poderes delegados pelo Estado, realiza no processo o direito, pacificando e eliminando os conflitos sociais, outorgando proteção àquele cuja pretensão seja merecedora dela.<sup>3</sup> Tutela jurídica é o sistema de garantias asseguradas pelo ordenamento jurídico, enquanto a tutela jurisdicional é a proteção concreta dispensada pelo juiz, no processo, a todo aquele que dela necessitar para prevenção de um direito ou reparação de uma lesão. É na sentença que o juiz dá às partes uma resposta definitiva, eliminando o conflito de interesses, segundo as regras contidas no sistema jurídico. O acesso ao

---

<sup>1</sup> Dinamarco, C. R. *Fundamentos do processo civil moderno*, vol II, 4ª ed.; São Paulo: Malheiros editores, 2001.

<sup>2</sup> Paula, J. L. M. *Teoria Geral do Processo*. 2ª ed.; São Paulo: Editora de direito, 2001, p. 100.

<sup>3</sup> Dinamarco, C. R. *op. cit.*, p. 808.

A ineficácia, a ineficiência e a incoerência das tutelas jurídica e jurisdicional dispensada ao meio ambiente do trabalho

judiciário não é um simples princípio do direito, e sim, concreta e efetiva tutela de direitos.<sup>4</sup>

### **3 A proteção legal dirigida ao meio ambiente do trabalho**

No plano da tutela jurídica, o legislador confere proteção especial à saúde e à segurança do trabalhador, determinando a observância de medidas preventivas sanitárias e de higiene, ligadas às áreas de medicina e segurança do trabalho, exteriorizadas por meio de normas de diferentes espécies, estruturadas de maneira lógica, imperativas, que regulam condutas cujo descumprimento implica sanção. São de ordem pública as normas de desenvolvimento do trabalho, que protegem a saúde e o bem-estar do trabalhador, não podendo as partes do contrato ou os representantes sindicais ajustar condições diferentes das previstas em lei, sob pena de nulidade do ajuste. É aplicação dos princípios da proteção e da irrenunciabilidade de direitos, que orientam o direito do trabalho. Todo ato praticado em sentido contrário às normas legais de segurança e medicina do trabalho, e que implique prejuízos ao trabalhador, é ineficaz e não produz efeitos.

A CLT destina no Título II tutela geral ao trabalho, regulamentando nos arts. 154 a 159 as condições gerais de segurança e medicina do trabalho, e nos arts. 160 a 223, as condições específicas em que o trabalho deve se realizar para que cause o menor prejuízo possível à saúde do trabalhador. O sistema legal de proteção à vida e à saúde do trabalhador impõe ao empregador limites de atuação e condutas comissivas, consistentes na obrigatoriedade de criação de órgãos internos e programas preventivos, concessão de equipamentos de proteção, com destaque aos seguintes: 1) SESTM – Serviços Especializados em Engenharia

---

<sup>4</sup> Marinoni, L. G. *Novas linhas do processo civil*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

de Segurança e em Medicina do Trabalho; 2) CIPA – Comissão Interna de Acidente; 3) PCMSO – Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional; 4) PPRA – Programa de Prevenção de Riscos Ambientais.<sup>5</sup> O art. 195 da CLT prevê que a caracterização e a classificação da insalubridade será aferida por meio de perícia realizada por médico ou engenheiro do trabalho. Regra geral, são utilizados dois critérios para a aferição da insalubridade. Pelo primeiro, o trabalho só é considerado insalubre quando o trabalhador manifesta sintomas de doença profissional ou do trabalho. Pelo segundo, a perícia é feita no ambiente de trabalho e não no corpo do trabalhador, sendo este o critério adotado pelo Brasil.

#### **4 Classificação dos agentes insalubres – competência do Ministério do Trabalho**

Nos termos do art. 195 da CLT, o órgão responsável pela classificação da insalubridade é o Ministério do Trabalho. Dispõe o art. 190 da CLT que “O Ministério do Trabalho aprovará o quadro das atividades e operações insalubres e adotará normas sobre os critérios de caracterização da insalubridade, os limites de tolerância aos agentes agressivos, meios de proteção e o tempo máximo de exposição do empregado a esses agentes”. A fim de regulamentar e dar efetividade a este artigo à Lei n. 6.514/1978, o Ministério do Trabalho e do Emprego editou a Portaria MTb n. 3.214/1978, instituindo 28 normas regulamentadoras de segurança e saúde no trabalho urbano. Em ato posterior, editou a NR-29 que regula a segurança e saúde do trabalhador portuário, e mais cinco normas regulamentadoras de segurança e saúde no trabalho rural. A NR-15 disciplina questões de segurança e saúde no trabalho relacionada à insalubridade. É constituída por 14 Anexos cada um especificando

---

<sup>5</sup> Gonçalves, E. A. *Manual de Segurança e saúde no trabalho*. São Paulo: LTr, 2000.

determinado agente ou grupo de agentes nocivos à saúde do trabalhador. Um dos Anexos, o número 4, que tratava dos níveis mínimos de iluminação, foi revogado pela Portaria MTPS n. 3.751/1990, afastando o índice baixo de iluminação como agente causador de insalubridade.

Nesta linha de fixação e reconhecimento de agentes insalubres com privilégio de classificação pelo Ministério do Trabalho<sup>6</sup>, os tribunais somente têm conferido ao trabalhador o direito ao adicional de insalubridade e outras vantagens resultantes do trabalho em condições insalubres quando, além da atividade constar da relação oficial elaborada pelo Ministério do Trabalho, a existência dos agentes nocivos no local de trabalho é atestada em laudo pericial realizado por médico ou engenheiro do trabalho.<sup>7</sup> Essa jurisprudência positivista tem causado prejuízos a milhares de trabalhadores, principalmente àqueles exercentes de atividades e ocupações novas surgidas com a multiplicidade da ordem produtiva hoje vigente. A constatação de atividades de caráter nocivo à saúde e segurança do trabalhador, exercidas em condições personalíssimas e descentralizadas, é hoje uma realidade, contudo, os trabalhadores

---

<sup>6</sup> A Orientação Jurisprudencial n. 4 da SDI-II do TST diz que: “Adicional de insalubridade. Necessidade de classificação da atividade insalubre na relação oficial elaborada pelo Ministério do Trabalho, não bastando a constatação por laudo pericial. CLT, art. 190. Aplicável”. A Súmula 194 do STF dispõe que “É competente o Ministério do Trabalho para a especificação das atividades insalubres”, e Súmula 460, também do STF, prevê que “Para efeito do adicional de insalubridade, a perícia judicial, em reclamação trabalhista, não dispensa o enquadramento da atividade entre as insalubres, que é ato da competência do Ministro do Trabalho e Previdência Social”.

<sup>7</sup> A Orientação Jurisprudencial n. 165 disciplina neste sentido: “Perícia. Engenheiro ou médico. Adicional de insalubridade e periculosidade. Válido. Art. 195, da CLT. O art. 195 da CLT não faz qualquer distinção entre o médico e o engenheiro para efeito de caracterização e classificação da insalubridade e periculosidade, bastando para a elaboração do laudo seja o profissional devidamente qualificado”.

ficam à mercê de uma interpretação jurisdicional ultrapassada e que não avança, que se perde numa seqüência infundável de questionamentos, que não confere direitos porque atrelada a uma regulamentação administrativa ultrapassada e ineficiente.

### 5 O agente insalubre “ruído”

Estudos técnicos e científicos demonstram que o ruído é o agente insalubre que maior prejuízo acarreta à saúde do trabalhador. Quando o trabalhador convive com ruídos, ainda que faça uso de EPI's e seja submetido a audiometria anual, não se afasta dos riscos reais e efetivos de comprometimento da sua saúde física e mental. Quando o ruído atinge nível igual ou superior a 75 db(A), é considerado excessivo, e conforme a natureza e o tempo de exposição, causa perda de audição e dificuldades na comunicação, o que pode levar à depressão emocional.<sup>8</sup> Os protetores auriculares são insuficientes para eliminar os efeitos danosos do ruído no interior da cavidade auditiva, em razão da repercussão das ondas emitidas sobre a malha nervosa que envolve a caixa craniana. A exposição contínua aos ruídos causa sérias implicações no sistema nervoso do trabalhador, gera *déficit* auditivo neurossensorial, produz modificações nas ondas eletroencefalográficas, fadiga nervosa, perda da memória, irritabilidade e dificuldade de coordenação das idéias, danifica o aparelho cardiovascular, causa hipertensão, alteração do ritmo cardíaco, do calibre dos vasos sangüíneos, modificação do ritmo respiratório, perturbações gastrointestinais, perda da capacidade auditiva, problemas fetais etc. O dano à saúde dos trabalhadores que exercem suas atividades em ambiente onde existe o agente ruído, é indiscutível. E o mais grave é que apesar dos avanços tecnológicos, ainda não se

---

<sup>8</sup> Kwitko A. PAIR, PAIRO, ruído, EPI, EPC, PCA, CAT, Perícias, reparação e outros tópicos sobre audiologia ocupacional. São Paulo: LTr, 2001, p. 13.

desenvolveram instrumentos de medição precisos dos níveis de ruído. Os existentes não são capazes de medir com exatidão qual o nível de ruído existente no ambiente de trabalho, expressando quase sempre a unidade “entre”, dotada de um conteúdo de imprecisão e incerteza.

Quando a perícia atesta que o trabalhador está exposto a ruídos excessivos, o adicional devido é em grau médio, conforme Portaria do Ministério do Trabalho. Com base nessa Portaria, o juiz defere o adicional de 20%, que se mostra irrisório e insignificante diante da real possibilidade de dano ao trabalhador, tendo em vista os graves problemas que os ruídos causam à saúde. Essa visão meramente positivista tem permitido que um imenso contingente de trabalhadores permaneçam submetidos ao ruído durante a jornada de trabalho, relativizando, assim, um dano de natureza social. Além disso, existe um outro agravante: a relação oficial do Ministério do Trabalho foi elaborada há muitos anos, e como não está sendo revisada e atualizada, encontra-se desconectada com a realidade social hoje vivenciada, não sendo capaz de atingir o vasto mundo do trabalho e da ocupação. Crescem os danos e os gravames com a característica de irreversibilidade, com a anuência dos tribunais, que mantêm uma visão positivista do direito e em nada contribuem para transformar essa realidade. Em se tratando de ruídos, o mínimo que o juiz deverá fazer é deferir o adicional de insalubridade em grau máximo, e determinar medidas urgentes e gerais para que se reduzam e/ou eliminem esse agente nocivo e agressivo do ambiente de trabalho. Com esta premissa de atuação, o juiz, além de garantir a tutela jurídica, assegura também a efetividade de sua atuação, impondo conteúdo de eficácia mandamental à sua decisão.

## **6 Lixo urbano, trabalho a Céu Aberto, trabalho em regiões pantanosas e alagadiças e iluminação insuficiente**

Se a perícia técnica atesta que o ambiente de trabalho é insalubre, a falta de classificação da insalubridade pelo Ministério do Trabalho pode obstar o direito à percepção do adicional de insalubridade? Uma interpretação meramente legalista poderia afirmar que sim<sup>9</sup>; ao contrário, uma interpretação criativa, sistemática e comprometida com os fins sociais irá concluir pelo reconhecimento do direito ao adicional, ainda que a atividade insalubre não conste da relação oficial do Ministério do Trabalho. O juiz, intérprete que realiza a norma, ao construir a sua decisão poderá recorrer a analogia, aplicar o princípio da isonomia, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais e do trabalho e outros importantes princípio do direito a fim de declarar o direito ao adicional de insalubridade a todo trabalhador que presta serviços em ambiente insalubre. A falta de classificação da atividade pelo Ministério do Trabalho não pode ser invocada para suprimir direitos assegurados pela norma jurídica (CLT, arts. 192 e 193). O trabalho em condições insalubres expressa uma condição desfavorável à saúde e à situação cotidiana na qual se encontra inserido o trabalhador. A possibilidade de dano à saúde dos trabalhadores que exercem suas atividades em ambientes insalubres é indiscutível. A Constituição Federal promove e valoriza o trabalho (arts. 1º, IV, 5º, XIII, 6º, 7º, dentre outros) e a saúde (arts. 196 e 200), e em alguns dispositivos alia os dois preceitos (arts. 7º,

---

<sup>9</sup> A Orientação Jurisprudencial n. 4 da SDI-II do TST diz que: “Adicional de insalubridade. Lixo urbano. A limpeza em residências e escritórios e a respectiva coleta de lixo não podem ser consideradas atividades insalubres, ainda que constatadas por laudo pericial, porque não se encontram dentre as classificadas como lixo urbano, na Portaria do Ministério do Trabalho”.

Orientação Jurisprudencial n. 170 da SDI-II do Tribunal Superior do Trabalho: “Adicional de insalubridade. Raios solares. Indevido. Em face da ausência de previsão legal, indevido o adicional de insalubridade ao trabalhador em atividade a céu aberto (art. 195, CLT e NR 15 MTb, Anexo 7)”.

XXII, 193 e 200, II), justamente porque um não prescinde do outro, dada a dialética de complementariedade. O art. 195 da CLT já não comporta uma interpretação senão em conjugação e em sintonia com os preceitos sociais insertos na Constituição, o que resultará numa ação de tutela específica de proteção ao trabalhador com uma decisão favorável à sua condição inferiorizada pelo exercício de trabalho com danos indubitáveis à sua saúde, e de riscos à sua integridade física. A inexpressividade da regulamentação no plano administrativo do Ministério do Trabalho, acerca das condições de trabalho envolvendo lixo urbano, trabalho a céu aberto, em regiões pantanosas ou alagadiças, não pode constituir óbice para uma proteção a ser implementada pela atividade jurisdicional, em especial quando a perícia denota não por ilação, mas por constatação inequívoca, a existência dos riscos pela presença dos agentes nocivos à saúde do trabalhador, o qual, ao ser contemplado com o adicional respectivo, tem minimizada uma situação inquestionável.

Outro não pode ser o entendimento após a revogação do Anexo 4, da NR-15, que tratava dos níveis mínimos de iluminação no ambiente de trabalho. Com a revogação dessa NR os tribunais do trabalho passaram a entender que o índice baixo de iluminação deixou de ser agente insalubre e, portanto, não mais conferem direito ao adicional de insalubridade. Esse entendimento não pode ser aceito sem críticas. Primeiro, porque uma Portaria do Ministério do Trabalho não pode revogar um dispositivo de lei, de ordem pública, e que regula aspectos de segurança e saúde no trabalho. Segundo, porque a iluminação insuficiente no local de trabalho causa danos irreparáveis à saúde do trabalhador, comprometendo principalmente a visão. Terceiro, porque a deficiência de iluminação pode ser suprida com medida simples, sem grandes gastos. Quarto, porque a Portaria n. 3.751/1990 não dispensa as empresas de observarem o estabelecido

pela NBR-5413, registrada no Instituto Nacional de Metrologia. Em caso de prejuízos à saúde do trabalhador, em razão da falta e/ou insuficiência de iluminação, além do pagamento do adicional de insalubridade, a empresa poderá ser obrigada a reparar o prejuízo que a falta e/ou insuficiência de iluminação venha a acarretar a saúde do trabalhador. É importante ressaltar que o art. 175 não foi revogado e continua sendo de observância obrigatória pelo empregador.

### **7. Local de trabalho desativado - impossibilidade de produção da prova pericial**

Preceitua a Orientação Jurisprudencial n. 178 da SDI-II do TST que: “Adicional de insalubridade. Perícia. Local de trabalho desativado. A realização de perícia é obrigatória para a verificação de insalubridade. Quando não for possível sua realização, como em caso de fechamento da empresa, poderá o julgador utilizar-se de outros meios de prova”. O art. 7º, inciso XXII da Constituição Federal, diz que são direitos dos trabalhadores a redução dos riscos inerentes ao trabalho. Se a empresa modifica o ambiente de trabalho, com redução e/ou eliminação dos agentes insalubres, ou ainda, se encerra as suas atividades, desativando o local de trabalho, inviabilizando e/ou dificultando a realização da prova pericial, o juiz poderá se valer de outras provas para decidir, tais como, documentos, prova emprestada, prova oral, podendo recorrer ainda aos indícios e às circunstâncias de fato, ou determinar a realização da perícia em outra empresa que exerça atividade igual ou semelhante. O art. 332 do CPC assegura que “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”. O juiz poderá determinar ainda que a empresa exhiba os documentos

obrigatórios relacionados ao ambiente de trabalho, os quais deve manter por exigência legal, entre eles, o PPRA – Programa de Prevenção de Riscos Ambientais – exigido pela NR-9. Em se tratando de pedido de adicional de insalubridade, quando a prova pericial não for possível, o juiz deverá inverter o ônus da prova, ou aplicar, conforme o caso, o princípio da aptidão da prova. A prova robusta e incontestável da existência dos agentes insalubres não poderá ser exigida do trabalhador, parte mais débil da relação, sendo suficientes os elementos que levem à convicção de verdade da alegação emitida pela parte que prestou serviços em ambiente insalubre. Devem ser admitidas amplamente as presunções e os indícios, que são, em essência, elementos de convicção. As presunções e os indícios, embora não sejam meios de prova, têm acentuado valor na disciplina da prova, pois permite ao juiz tirar conclusões a partir dos fatos narrados, e contribuem para demonstração de alegações de difícil comprovação. Muitas vezes quem pode produzir a prova mais eficazmente para o convencimento do julgador é a empresa, e dela deve ser exigida. Portanto, a prova inequívoca em matéria de insalubridade nem sempre poderá ser produzida, e se o julgador a exigir, estará incidindo em formalismo e preciosismo exagerados e desnecessários, prejudicando exatamente a parte que a ordem jurídica pretendeu proteger – o trabalhador. É dever do empregador, e não apenas mera faculdade, realizar perícias habituais no ambiente de trabalho, e atualizar o laudo sempre que ocorrer qualquer alteração no ambiente de trabalho, seja por mudança de “lay-out”, substituição de máquinas e equipamentos ou adoção de novas tecnologias.

## **8. Base de cálculo e percentuais do adicional de insalubridade**

Diz a Orientação Jurisprudencial n. 1 da SDI-II que: “Adicional de insalubridade. Base de cálculo. Mesmo na vigência da CF/1988: salário mínimo”. Mas o próprio TST restaurou o Enunciado n. 17 reafirmando que o adicional de insalubridade deve ser calculado sobre o salário profissional. Se o empregado não recebe salário profissional, o TST manda adotar o salário mínimo, conforme prevê o seu Enunciado n. 228. A mais alta Corte trabalhista adota parâmetros de cálculo diferentes para o mesmo direito, favorecendo uma classe de trabalhadores, prejudicando outras, sem nenhuma razão plausível, uma vez que os efeitos danosos da insalubridade à saúde do trabalhador são os mesmos, independentemente da categoria ou profissão. O adicional de insalubridade não pode ter como base de cálculo o salário mínimo. O STF, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 236396 - DJ 20/11/1998 -, tendo como Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, entendeu que a vinculação do adicional de insalubridade ao salário mínimo contraria o disposto no art. 7º, VI, da Constituição Federal, que impede a aplicação do salário mínimo como parâmetro indexador de reajustes de obrigações. O legislador precisa, com urgência, modificar a legislação e fixar um percentual único para o adicional de insalubridade, de preferência em grau elevado, a fim de compelir as empresas a adotarem medidas que reduzam e/ou eliminem a insalubridade no ambiente de trabalho. Os avanços tecnológicos em nada contribuíram para melhorar as condições de higiene e saúde no ambiente de trabalho. Não poderão os tribunais ignorar que os empregadores, no mais das vezes, preferem pagar o adicional de insalubridade, que se mostra irrisório, do que imprimir mudanças nos locais de trabalho para eliminar e/ou reduzir a ação dos agentes insalubres, prejudicando milhares de trabalhadores. O juiz deve, enquanto uma legislação justa e adequada não for editada, arbitrar a base de cálculo e os

percentuais, levando em consideração as circunstâncias de cada caso concreto e a natureza dos agentes causadores da insalubridade.

### **9. Efeitos da sentença em matéria de insalubridade: declaratório, condenatório e mandamental**

Se o juiz do trabalho, num dissídio individual, constatar que o ambiente de trabalho onde presta ou prestou serviços o trabalhador é insalubre e prejudicial à sua saúde e ao seu bem-estar, deverá, na sentença, declarar esse fato, impor uma condenação, e determinar que o empresário modifique o local de trabalho a fim de afastar, de imediato, a ação dos agentes insalubres; se isso não for possível apesar das mudanças, deve determinar o pagamento imediato do adicional a todos os trabalhadores que exercem suas atividades no local insalubre, com imposição de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença (CPC, arts. 461 § 4º e 461-A). O § 5º do art. 461 estabelece que “Para efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, como imposição de multa, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário, com requisição de força policial. O § 6º prevê que “O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verificado que se tornou insuficiente ou excessiva”. Sempre que a decisão tiver de ser cumprida de imediato, o juiz deverá impor sanção pecuniária ou de outra natureza para o caso de não cumprimento da obrigação, sob pena de, não o fazendo, emitir uma ordem que não obriga o seu cumprimento; o comando emitido na decisão cairá no vazio porque desprovida de força executiva. Se o juiz determinar o pagamento do adicional de insalubridade aos empregados que estão trabalhando, o pagamento deverá ser inserido em folha e perdurar enquanto o

trabalho for executado em condições insalubres. Para o caso de descumprimento dessa obrigação de fazer, o juiz deverá fixar uma multa cominatória a fim de compelir o empresário a cumprir a lei.

Sempre que o juiz determinar a realização da perícia, e o profissional capacitado do ponto de vista técnico afirmar que a situação de fato e/ou estado revela a existência de agente insalubre, e concluir que a exposição a tais agentes são prejudiciais à saúde e/ou a integridade física do trabalhador, o juiz deverá declarar esse fato e determinar o pagamento do adicional de insalubridade, não apenas ao empregado que reivindicou o direito no processo, mas a todos aqueles que, embora não figurem na relação processual, estejam na mesma situação. Não se trata de julgamento *extra* ou *ultra petita*, e sim, em fazer projetar a decisão para fora do processo a fim de transformar a realidade, obrigando o empregador a cumprir o que está na lei. A mesma solução deve ser dada quando constatar a existência de doenças profissionais e do trabalho capazes de gerar acidente de trabalho, como é o caso do assédio moral no trabalho, que causa doenças e perturbações mentais, e a LER/DORT, decorrente de repetitivos movimentos. A decisão justa não é simplesmente, como afirmara o positivismo, o fato de estar conforme a lei e limitar-se ao pedido. A aplicação do direito não é simples processo lógico dedutivo, mas uma adaptação constante dos dispositivos legais aos valores sociais em conflito. O juiz deve ir além da norma material e processual expressas para conferir direitos, impor respeito à lei, e determinar mudanças no meio ambiente do trabalho. A adoção simples do positivismo e a visão linear do direito não atendem aos ideais de justiça.

## 10. Conclusão

O processo é um importante instrumento de realização de direitos, contudo, não tem sido eficazmente utilizado, e por essa

razão nem sempre tem apresentado resultados satisfatórios. Primeiro, porque os pedidos são deficientemente formulados pelas partes, que não têm habilidade para utilizar todos os meios de defesa de direitos assegurados pela ordem jurídica, como é o caso da antecipação dos efeitos da tutela de mérito. Segundo, porque os juízes ficam constrangidos ao pedido, ao chamado “limites da lide”, mantendo uma visão conservadora do processo, e não avançam. Mesmo quando as mesmas lesões estão e continuam sendo praticadas fora do processo, nada fazem. A desobediência civil é tolerada e tacitamente consentida pelo judiciário, pois os juízes, quando têm ciência de que a lei não está sendo cumprida, se limitam a oficiar a autoridade competente, não projetando sua decisão para fora do processo a fim de impedir que as lesões continuem sendo praticadas. Essa inércia contribui para manter privilégios, perpetuar a opressão e a injustiça, colocando em descrédito o direito, o processo e o próprio judiciário. É a expressão efetiva do dano social. O Código de Processo Civil, no art. 126, obriga o juiz a agir e a decidir mesmo em casos de lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide deve aplicar as normas legais, e não as havendo, deve recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito. Se a lei não é clara, o juiz deverá interpretá-la; se for lacunosa, suprirá a falta recorrendo a outras fontes do direito, extraindo dela um conteúdo social e humano, justo, relevante e abrangente. Não podem, portanto, invocar o pretexto de que a lei não é clara ou que não existe norma que regule o caso, porque isso representa denegação de justiça e imparcialidade social. É preciso facilitar as vias de acesso ao judiciário, desburocratizar o processo, que deve se pautar na simplicidade de atos e formas, em busca da efetividade. A visão interna do processo, como sistema fechado e auto-suficiente, não realiza a justiça. Além de declarar, condenar, constituir ou determinar o pagamento, é preciso dotar as decisões judiciais de

efeito mandamental, a fim de transformar a realidade, e determinar, de imediato, que se faça ou se deixe de fazer alguma coisa que se apresenta em desacordo com a lei. Para tanto, é preciso abandonar o hábito comodista de apego puro e simples à letra da lei e ir além dela, pois a doutrina do positivismo não mais se adapta aos tempos modernos. É nos tribunais que o direito adquire vida e sentido, se realiza, se dinamiza e é capaz de suprir todo tipo de carência social. É também nos tribunais que ele pode se tornar inoperante ou tirânico, e sob o manto de aparente legalidade, permitir o domínio do poder econômico, a manipulação, as violações aos direitos humanos, o crescimento da violência e da miséria, o descumprimento da lei. A miséria humana é o exemplo mais desolador do fracasso do Estado na construção do edifício social, e o judiciário permanece apático, inerte e imobilizado, deixando de trilhar um caminho que pode conduzir às necessárias transformações. As decisões do judiciário devem externar a realização do justo, transformar a realidade, e dar respostas a milhares de pessoas que nele depositam as suas últimas esperanças, que aguardam o respeito às suas garantias elementares mínimas e fundamentais, negadas pela ineficiência de políticas sociais que jamais se realizaram. O juiz conduz o direito e o processo, e por meio de suas interpretações e decisões pode imprimir transformações no ambiente social desigual. Isso requer ação e atenção às mudanças, coragem, força e vontade para aplicar os instrumentos legais que garantem justiça. A modernidade tem conteúdo bem mais abrangente, e a participação social pode ser bem mais ampla do que se defende. O imenso poder conferido ao juiz exige decisões que contribuam para a formação de uma sociedade mais humana, justa e solidária, pois não é mero espectador e nem é uma figura inerte e passiva; ao contrário, pode realizar os direitos fundamentais do homem social, resgatar seus valores mais significativos, e reduzir os óbices de acesso às tutelas

A ineficácia, a ineficiência e a incoerência das tutelas jurídica e jurisdicional dispensada ao meio ambiente do trabalho

jurídica e jurisdicional.

## BIBLIOGRAFIA

Calamandrei, P. *Eles, os juízes*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

Dinamarco, C. R. *Fundamentos do processo civil moderno*, Vol. II, 4ª ed.; São Paulo: Malheiros editores, 2001.

Fonseca, R. T. M. Saúde Mental para e pelo Trabalho. *Revista LTr*, Vol. 67, n. 6, junho de 2003.

Guedes, M. N. *Terror psicológico no Trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.

Gonçalves, E. A. *Manual de Segurança e saúde no trabalho*. São Paulo: LTr, 2000.

Hirigoyen, M. F. *Mal-estar no trabalho* (traduzido por Rejane Janowitz). Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

Marinoni, L. G. *Novas linhas do processo civil*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

Paula, J. L. M. *Teoria Geral do Processo*. 2ª ed.; São Paulo: Editora de direito, 2001.

\_\_\_\_\_. *A jurisdição como elemento de inclusão social*. São Paulo: Manole, 2002.

Michel, O. *Acidentes de trabalho e doenças ocupacionais*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2001.

Russomano, M. V. *Comentários à CLT*, 13ª Ed. Vol. I. São Paulo: Forense, 1990.

Kwitko A. *PAIR, PAIRO, ruído, EPI, EPC, PCA, CAT, perícias, reparação e outros tópicos sobre audiologia ocupacional*. São Paulo: LTr, 2001.