

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA EM RELAÇÃO AO PEDIDO DE ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

COSTA; Tamara Aparecida dos Santos – UNISAL
advstah@gmail.com

FARIA; Ana Priscila Caltabiano - UNISAL
anaprisila_faria@yahoo.com.br

GRUPO DE TRABALHO: Democracia ética e efetivação dos direitos.

Resumo

O presente trabalho visa demonstrar para as situações concretas de impossibilidade da realização da perícia e utilização de qualquer outro meio de prova para constatação da insalubridade, a possibilidade do pedido de indenização à saúde do trabalhador ser julgado procedente em razão da presunção relativa embasada pelo princípio da aptidão da prova e consequente inversão do ônus probatório. Além disso, o presente artigo discute a viabilidade pelo instituto da responsabilidade civil de se indenizar o dano que ocorre à integridade física/mental do trabalhador, mesmo sendo um dano potencial, correlacionando sua aposentadoria especial e a perda do direito a uma chance.

Palavras chave: Adicional de Insalubridade. Prova. Ônus. Inversão. Perícia.

Abstract

The present work aims to demonstrate the concrete situations of impossibility of performing the skill and use of any other evidence in finding the unhealthy, the possibility of the application for compensation to the worker's health be upheld because of the presumption grounded on the principle of fitness test and consequent reversal of the evidential burden. Moreover, this paper discusses the feasibility of the institute civil liability to indemnify the damage that occurs to the physical integrity / mental worker, even as a potential harm, correlating their special retirement and the loss of the right to a chance.

Keywords: Additional for Unhealthy. Proof. Burden. Inversion. Expertise.

Introdução

A preocupação com a saúde dos trabalhadores obrigou o Direito a intervir na regulamentação da atividade econômica. Nasce o adicional de insalubridade como uma das ferramentas para a compensação pelo trabalho em condições insalubres.

No entanto, não basta alegar o trabalho em condições insalubres para a percepção do adicional mencionado; é preciso provar.

Em situações práticas, na sala de audiências da Vara do Trabalho de Aparecida/SP, constatou-se trabalhadores que dispensados não conseguiram produzir sua prova técnica, a qual seria capaz de apontar o trabalho em condições insalubres se o local de trabalho ainda existisse e/ou não houvesse propositada alteração.

Em que pese a Consolidação das Leis do Trabalho conter regra específica relativa ao ônus da prova (art. 818), verifica-se que o art. 333 do Código de Processo Civil é reiteradamente invocado nas sentenças laborais.

A problemática do tema em estudo encontra-se justamente no óbice de ver (o reclamante) extinto sem resolução do mérito seu pedido referente ao adicional de insalubridade quando este, efetivamente, laborou em condições insalubres e, por falta do laudo pericial e outro meio de prova, ser obrigado a desistir de seu pedido por não ser capaz de se desincumbir do ônus probatório constitutivo de seu direito.

Assim, as reflexões deste trabalho tem o objetivo de demonstrar que a utilização da inversão do ônus da prova fundamentado pelo princípio da aptidão da prova podem tornar-se critérios eficazes para a proteção da saúde do trabalhador, visando o estabelecimento de diretrizes distributivas do ônus da prova para proteção da saúde do obreiro, o que consequentemente lhe garantirá uma participação efetiva na lide e o acesso à justiça como instrumentos característicos de um país democrático.

Por fim, uma vez reconhecido o trabalho insalubre, demonstrar-se-á como o instituto da responsabilidade civil pode ser um instrumento de punição/educação do empregador e, ainda, recompensa ao trabalhador por ter sua integridade física colocada em risco.

1- O surgimento do adicional de insalubridade

A preocupação com a saúde dos trabalhadores remonta os anos de 1700, ano da publicação do livro de Bernardino Ramazzini, considerado o pai da medicina do trabalho.

Conforme nos relata MENDES, os estudos de Ramazzini partiram da observação do trabalho dos cloaqueiros, os quais tinham por tarefa esvaziar fossas que armazenavam fezes e outros dejetos. Ramazzini assim disse:

“(...) Depois que ele saiu da cloaca, examinei seus olhos com atenção e os notei bastante inflamados e enevoados; em seguida procurei saber que remédio os cloaqueiros usavam para essas afecções, o qual respondeu-me que usaria o único remédio, que era ir imediatamente para casa, fechar-se em quarto escuro, permanecendo até o dia seguinte, e banhando constantemente os olhos com água morna, como único meio de aliviar a dor dos olhos...(2013)

Os fenômenos da Revolução Industrial (século XVIII), quais sejam, a industrialização e a urbanização impulsionaram a necessidade de se proteger o direito a um ambiente salubre.

A partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, e também após o advento da 2ª Grande Guerra, vários sistemas legislativos passaram a incorporar, paulatinamente, direitos de proteção à saúde dos trabalhadores.

No ordenamento brasileiro, com o advento da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, em 1943, a saúde do trabalhador recebe tratamento especial - Capítulo V, arts. 154 a 223.

No entanto, foi com a Constituição Federal de 1946 que a higiene e segurança do trabalho ganhou hierarquia constitucional, posicionamento também adotado pela Constituição Federal de 1967, (SÜSSEKIND, 2004, p. 39).

Em 1978, foi editada a Portaria nº 3.214, com 29 (vinte e nove) Normas Regulamentadoras (NR) concernentes à segurança e medicina do trabalho.

Com a vinda da Constituição Federal de 1988, art. 7º, inciso XXIII estabelece status de direito fundamental a proteção à saúde do trabalhador.

A definição legal do trabalho insalubre está expresso no art. 189, da CLT:

Serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos.

Segundo a NR n. 15, são consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que expõem o trabalhador a: ruídos contínuos ou intermitentes, ruídos de impacto, exposição

ao calor, radiações ionizantes, condições hiperbáricas, radiações não-ionizantes, vibrações, frio, umidade, gases e vapores, poeiras minerais, agentes químicos e agentes biológicos.

Todos os elementos acima prejudicam a qualidade de vida do trabalhador desde que não observados o tempo e nível correto de exposição e, ainda, medidas que visam a sua eliminação/amenização.

A preocupação dos legisladores de elevar os custos às empresas que mantivessem um ambiente ou trabalho em condições insalubres, nasceu muito antes de nossa Carta Magna tratar do tema em seu art. 7º, e mesmo antes da CLT abordar o assunto. Deste modo, ROMITA apud ALEMÃO, é quem melhor nos situa o contexto histórico do adicional de insalubridade:

Foi a Lei 185 de 14.01.36 que primeiro determinou, entre nós, o pagamento da taxa de insalubridade, até 50% a mais do salário mínimo (art. 2º). O Decreto-lei n. 399 de 30.04.38, que regulamentou a citada lei, deu às Comissões de Salário-Mínimo a atribuição de fixar o adicional dentro do limite legal e no seu art. 4º, declarou caber ao então Ministério do Trabalho Indústria e Comércio organizar quadro das indústrias insalubres, sujeito a revisão periódica. Em virtude desse dispositivo, expediu-se a Portaria nº SMC-51 de 13.04.39. O percentual respectivo, de 40%, 20% ou 10%, se máximo, médio ou mínimo o grau de insalubridade, foi fixado pelo Decreto-lei 2.165 de 01.05.40 (art. 6º). (grifo nosso).

Art. 6º da lei 2165 de 1940:

Para os trabalhadores ocupados em operações consideradas insalubres, conforme se trate dos graus máximo, médio ou mínimo, o acréscimo de remuneração, respeitada a proporcionalidade com o salário mínimo que vigorar para o trabalhador adulto local, será de 40%, 20% ou 10%, respectivamente (2012).

Como se observa acima, o adicional seria fixado pelo Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, devendo este direito (adicional de insalubridade) ser adquirido somente após enquadramento das indústrias ditas insalubres, sujeitando, ainda, à revisão periódica. Assim, se outros trabalhos que gerassem dano à saúde não estivessem pré-estabelecidos, o juiz não poderia constituir/declarar a percepção do referido adicional.

Além disso, foi mediante a expressão grifada “**o pagamento da taxa de insalubridade, até 50% a mais do salário mínimo**” que nasceu o entendimento de que a base de cálculo para o adicional de insalubridade seria o salário mínimo.

Já, a participação do juiz na apuração do adicional de insalubridade surge com a Lei 5.431 de 03.05.68 que acrescentou o §5º ao então revogado art. 209 da CLT:

§ 5º Para fins de instrução de processo judicial, a caracterização e classificação de insalubridade serão feitas exclusivamente por médico-perito, preferentemente especializado em saúde pública ou higiene industrial, designado pela autoridade judiciária, observadas as normas fixadas no presente artigo. (Incluído pela Lei 5.431, de 1968).

O Decreto-lei 389 de 26.12.68, em decorrência, instituiu a obrigatoriedade da produção de laudo técnico para verificação das condições insalubres. Desta forma: "art. 1º - Argüida em juízo, insalubridade ou periculosidade de atividades ou operações ligadas à execução do trabalho, proceder-se-á a perícia técnica para os efeitos do disposto no art. 209 da CLT...".

Consigna-se, desde já, que este tópico referente à obrigatoriedade da produção do laudo técnico será abordado em momento oportuno.

2- A Prova no Processo do Trabalho

2.1- Conceito:

Toda pretensão a ser analisada pelo órgão judiciário nasce de um fato. Tanto é assim, que constitui um requisito fundamental previsto no art. 282, do CPC.

Na seara trabalhista, basta uma breve exposição dos fatos, não sendo exigido o fundamento jurídico, conforme art. 840, da CLT. No entanto, para que o autor conquiste seu direito almejado, é necessário que demonstre a verdade do fato trazido a juízo.

Para TEIXEIRA FILHO, prova é: "(1) a demonstração (2), segundo as normas legais específicas (3), da verdade dos fatos (4) relevantes (5) e controvertidos (6) no processo", (2010, p. 31).

Não há necessidade de se provar fatos irrelevantes. Assim, na análise da concessão do pedido de adicional de insalubridade, não precisa o autor provar que tinha filhos, esse fato para esse pedido é irrelevante. No entanto, se a pretensão é o recebimento do salário família, tal prova, então, é fundamental.

Provar é trazer a verdade aos autos, mas o conceito de verdade pode variar segundo o ramo em que se pretende defini-la. Para a ciência jurídica, existem dois tipos de verdade: a Real e a Formal.

A verdade Real segundo TEIXEIRA FILHO:

é a que se pode denominar de verdade em si, vale dizer, aquilo que efetivamente aconteceu no mundo sensível; *formal* é a que se estabelece nos autos, como resultado da atividade probatória desenvolvida pelas partes, (2010, p. 32).

Considerando o acima exposto, pode-se afirmar que muitos trabalhadores laboraram em ambientes e/ou condições insalubres, sendo essa a verdade real. Porém, não são capazes, de trazer aos autos, ou seja, de provar ao juiz o que realmente aconteceu pelas mais diversas razões, dentre elas as situações de revelia, fechamento ou mudança do local de trabalho.

2.2- Prova Pericial:

Nem sempre o convencimento do juiz se satisfaz com os meios usuais de prova, quais sejam: testemunhas e documentos. Nestes casos, a lei determina a realização da prova pericial para que se constate cientificamente tudo sobre a veracidade e as consequências desses fenômenos.

O juiz deve conhecer o direito, não lhe é exigido que possua conhecimento técnico sobre outras áreas.

“E mesmo que o juiz tenha conhecimento técnico em determinada área do conhecimento que não seja a do direito, deve ser assistido por perito especializado na matéria, para o esclarecimento do fato probando” (NERY JUNIOR e NERY 2006, p. 361).

É o que dispõe o art. 145, do CPC: Quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico, o juiz será assistido por perito, segundo o disposto no art. 421, do CPC.

Logo, a prova pericial é um meio que dispõe o juiz e as partes para demonstrar a veracidade dos fatos, sob uma análise técnica e especializada.

São espécies de prova pericial, conforme art. 420, do CPC: o exame, a vistoria e avaliação.

Para o caso em estudo, como bem leciona PEREIRA:

Vistoria: é a espécie de prova pericial que objetiva o exame de bens imóveis ou certos lugares. No Processo do Trabalho, podemos mencionar como exemplo a perícia de insalubridade ou de periculosidade no ambiente de trabalho, (2011, p. 475 e 476).

Para a caracterização e classificação da atividade insalubridade, exige o art. 195, §2º, da CLT, a designação de perito habilitado para a realização da prova pericial.

A perícia realizada pelo *expert* nomeado pelo juiz é denominada judicial. Mas existem também perícias extrajudiciais promovidas por iniciativa das partes, através de técnicos particulares ou agentes administrativos.

Há dois documentos que, do resultado de suas análises, podem ser considerados laudos extrajudiciais e que servem na Justiça do Trabalho como prova documental: tratam-se do PPRA (Programa de Prevenção de Riscos Ambientais), do PCMSO (Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional).

O PCMSO está previsto na NR-7 (Norma Regulamentadora n. 7) e possui como objetivos: a prevenção, o rastreamento e diagnóstico precoce dos agravos à saúde

relacionados ao trabalho, inclusive de natureza subclínica, além da constatação da existência de casos de doenças profissionais ou danos irreversíveis à saúde dos trabalhadores.

Em síntese, o **PPRA** é um Programa, previsto na NR-9 (Norma regulamentadora n. 9) tem a finalidade de reconhecer e reduzir e/ou eliminar os riscos existentes no ambiente de trabalho, servindo de base para a elaboração do PCMSO (Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional). É um documento que precisa ser revisto e renovado anualmente.

Já o **LTCAT** é um Laudo, elaborado com o intuito de se documentar os agentes nocivos existentes no ambiente de trabalho e concluir se estes podem gerar insalubridade para os trabalhadores eventualmente expostos. Somente será renovado caso sejam introduzidas modificações no ambiente de trabalho. Ademais, é um documento que serve de fonte de informação para o preenchimento do PPP (Perfil Profissiográfico Previdenciário – PPP).

O PPP é um formulário com campos a serem preenchidos com todas as informações relativas ao empregado, como por exemplo, a atividade que exerce, o agente nocivo ao qual está exposto, a intensidade e a concentração do agente, exames médicos clínicos, além de dados referentes à empresa.

Exige a Previdência Social no momento do requerimento da aposentadoria especial a apresentação do PPP, que deve ser preenchido e entregue ao empregado e que comprova a efetiva exposição à agentes nocivos, servindo também para o conhecimento de todos os ambientes laborais e para o controle da saúde ocupacional.

As empresas que não possuem tais documentos (PPRA, PCMSO e LTCAT) podem ser multadas, pois devem estar disponíveis na empresa para análise dos Auditores Fiscais do Trabalho, da Previdência Social, Médicos e Peritos do INSS, conforme §3º do Art. 58 d Lei 8213/91.

A apresentação desses documentos na Justiça do Trabalho pode se dar com a defesa, pois como observado, são documentos que se exigem do empregador antes mesmo de qualquer celeuma judiciária. No entanto, o fornecimento deste meio de prova não exclui a perícia judicial.

Apesar do princípio de que a boa-fé se presume, há empresas que confeccionam os documentos que tratamos não refletindo a verdade real, visando, em regra, a arrecadação mínima de impostos.

Em outros casos, a empresa mesmo possuindo o documento corretamente produzido, deixa de apresentá-lo para que este não sirva de prova para as alegações da parte contrária.

Como se observa, a caracterização de um ambiente insalubre e efetiva exposição a agentes nocivos, não está vinculada à declaração do órgão judiciário. A própria empresa deve

saber se sua atividade é insalubre para que previna a exposição de seu empregado por meio da utilização de EPI's (Equipamento de Proteção Individual). Ocorre que a informalidade no Brasil, o alto custo tributário e trabalhista, número insuficiente de auditores fiscais, além do número de desempregados, sejam consideradas justificativas para o descumprimento da ordem legal deste país. Nessa linha, ou o trabalhador se sujeita às condições nocivas à sua saúde, ou deixa de garantir sua subsistência diária.

Ocorre que nem sempre o juiz encontra meios para elucidar os fatos, o que compromete seu convencimento. Nestes casos, pelo princípio da indeclinabilidade, consubstanciados nos art. 5, XXXV, da CF e art. 126, do CPC, o juiz não pode eximir-se de seu ofício que é julgar. Então, indaga-se: nos casos em que a perícia for impraticável (estabelecimento fechado, modificação do local de trabalho), aliada à revelia da reclamada, como exigir do autor o ônus probatório do adicional de insalubridade, para que se cumpra a exigência do art. 195, §2º da CLT - realização da perícia, sendo essa impossível?

Muitos juízes, informalmente, nas salas de audiências, aconselham a parte a desistir do pedido de adicional de insalubridade, extinguindo-o sem resolução do mérito.

Isso ocorre porque, conforme posicionamento da grande maioria da doutrina, em especial de TEIXEIRA FILHO:

“os efeitos da confissão fictícia não atingem o pedido de adicional de insalubridade, pois esse não envolve matéria de fato, mas, sim de conhecimento técnico; assim sendo, apenas o perito poderá dizer da existência, ou não, de insalubridade e, em caso positivo, mensurar o seu grau. Isto significa dizer que, em tais ações, o réu, embora revel, poderá ser vencedor na causa” (2010, p. 126 e 127).

A reclamada aqui se vale de toda rebeldia, não cooperando ao chamado jurisdicional, legitimando seu enriquecimento sem causa, sob o argumento de que não pode o juiz compelir a parte a produzir prova contra si mesma e não poderia se presumir para aquela situação que o ambiente é insalubre, pois imprescindível à prova pericial.

3- Ônus da Prova

O ônus da prova consiste, primeiramente, na distinção da palavra ônus e da palavra obrigação. Assim, ninguém está obrigado a provar.

Trata-se, o ônus, de um poder ou uma faculdade concedida à parte que ao se desincumbir, ficará em uma posição mais benéfica. “*Não exercendo ou não se desincumbido do ônus, o onerado poderá sofrer uma consequência negativa, seja por não obter o que deseja, seja por ter que se sujeitar ao que não deseja*”, (CABRAL, 2008, p. 140).

O ônus da prova, nada mais é do que uma regra de conduta para as partes (que se

desenrolará ao longo de toda a instrução processual) e, ao mesmo tempo, de julgamento, que somente se socorre o juiz dela quando o fato não se encontrar provado. Somente quando não houver a prova é que o julgador deve investigar quem tinha o encargo de provar e dele não se desincumbiu.

A CLT trata de forma genérica a distribuição do ônus probatório em seu art. 818: “A prova das alegações incumbe à parte que as fizer”, fazendo uso do art. 333, do CPC, autorizado pelo art. 769, da CLT.

No diploma processualista civil a distribuição do encargo encontra-se de forma didática nos seguintes termos:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Para Chiovenda apud TEIXEIRA FILHO:

“os fatos *constitutivos* são os que dão vida a uma vontade concreta da lei e à expectativa de um bem por parte de determinada pessoa; os *extintivos* são, em sentido contrário, os que fazem cessar a vontade concreta da lei e a consequente expectativa de um bem; os impeditivos se relacionam à falta de uma das circunstâncias que devem concorrer com os fatos constitutivos a fim de que estes produzam os efeitos que lhe são inerentes e normais” (2010, p. 91 e 92).

Sob essa análise, quando o autor alega que trabalhou em um ambiente insalubre, cabe a ele provar o fato constitutivo de seu direito, mesmo nos casos de fechamento da empresa podendo o julgador utilizar-se de outros meios de prova, conforme o disposto na OJ 278, da SDI1, do TST.

4- Inversão do ônus da Prova

Embora pareça recente o estudo da inversão do ônus da prova, é certo que seu ideal foi estabelecido ainda no Século XIX por Jeremias Bentham:

“La carga de la prueba debe ser impuesta, em cada caso concreto, a aquella de las partes que la pueda aportar com menos inconvenientes, es decir, com menos dilaciones, vejámenes e gastos”, (BENTHAM apud CABRAL, 2008, p. 333).

No Brasil, o tema ganhou grande destaque com aprovação do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990).

Nele está exposto:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com **a inversão do ônus da prova**, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação **ou** quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências, (grifo nosso).

Dessa forma, são requisitos necessários para que ocorra a inversão do ônus da prova: a) Verossimilhança das alegações e b) Hipossuficiência.

Por verossímil entende-se, segundo o dicionário on line MICHAELIS, tudo aquilo se assemelha à verdade, que tem a aparência de verdade, que é provável.

Já a hipossuficiência, encontra-se naquele que possui restrições/impossibilidade de produzir a prova a seu favor. A análise, portanto, é quanto à produção da prova e não quanto ao desprovimento de recursos financeiros.

Apesar do equívoco do legislador, é certo que deve existir tanto a verossimilhança das alegações, quanto a hipossuficiência. Portanto, a partícula correta seria “e” e não “ou”, como constou da norma.

Na seara trabalhista, não há norma que trata do tema e o instituto não é incompatível (em muito se assemelha a hipossuficiência do trabalhador), podendo o magistrado utilizar-se da regra do art. 769, da CLT.

Assim, se da alegação do reclamante há um provável dano à saúde, condizente com a insalubridade que as normas regulamentam, e se a prova constitutiva de seu direito for impossível, nada mais justo que se inverta o ônus à reclamada.

5- Responsabilidade Civil:

Sintetizando todo caminho percorrido, ou seja, a presunção de um ambiente insalubre por impossibilidade da realização da perícia ou outro meio de prova, em decorrência do princípio da aptidão da prova (aquele a quem melhor tinha condições de juntá-la aos autos), onde se justifica a inversão do ônus probatório. Ainda assim, há um grande obstáculo: como mensurar a exposição ao agente insalubre e como apontá-lo dentro do quadro aprovado pelo Ministério do Trabalho.

A mensuração e o enquadramento são fatos extremamente técnicos e que demandam análises quantitativas, qualitativas, através de instrumentos que apuram os níveis dessa exposição.

Porém, através do instituto da responsabilidade civil, há uma forma de se punir e educar o empregador e ainda recompensar o trabalhador por ter sua integridade física colocada em risco.

“A responsabilidade civil é a disciplina que trata da hipótese de quando e como alguém ficará responsável pela reparação de danos causados a outrem”, (CHACON, 2009, p. 01).

Os art. 186, 187 e 927, do Código Civil, cuidam do tema e é aplicado na seara trabalhista subsidiariamente em razão do disposto no art. 769, da CLT.

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

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

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

Para que exista o dever de indenizar, conforme os artigos acima, é necessário os seguintes elementos: Culpa, Dano, e Nexo causal.

Um fato jurídico nasce da ação ou omissão humana e essa conduta pode ser considerada lícita ou ilícita.

Saber se o ato cometido é lícito ou ilícito “é essencial para o estudo da responsabilidade civil, sobretudo na análise da teoria da culpa (...)”, (CHACON, 2009, p. 5).

Dessa forma, compreende-se um ato ilícito: a exposição do trabalhador a um ambiente insalubre, pois o empregador “*excede manifestamento os limites impostos pelo seu fim econômico*”, colocando a integridade física do outro em risco.

Se considerarmos que, aquele que dirige sob efeito de drogas ou álcool coloca em risco a incolumidade pública e por essa razão pratica o crime previsto no art. 306 da lei 9.503/97, comete um ato ilícito, por que não raciocinar da mesma maneira para a situação acima mencionada, ou seja, por que não se deve dizer que o empregador ao expor a vida e a saúde do trabalhador em risco não comete ato ilícito? Ora, nestes casos a proteção do bem jurídico é idêntica: a vida.

E nem se alegue, que não existe dano, e que por essa razão não há o dever de indenizar.

O dano existe, e em alguns casos pode ser auferido por uma perícia médica no próprio trabalhador, a qual revelará os agentes nocivos que o trabalhador esteve exposto. Porém, em outras situações, o dano imaterial não pode ser constatado, ou mensurado no

momento presente, mas o será uma concausa de doenças futuras.

Trata-se de um dano em potencial, assim como o previsto no art. 306, da Lei 9503/97, no qual é irrelevante para a caracterização do delito, o fato de nenhum bem ter sido *efetivamente* lesado. O perigo é abstrato e não se faz necessário a efetiva potencialidade lesiva de sua conduta.

Equipara-se o dano a saúde a um dano imaterial, mais conhecido por dano moral, que pode ter consequências materiais.

O dano moral é aquele que não fere o patrimônio da vítima, mas sim seus direitos personalíssimos, como o direito à vida, à honra, à liberdade. Esse tipo de lesão causa mágoa, tristeza, vergonha, podendo ainda apresentar dor física, agravar ou gerar doenças. Inclusive, em algumas circunstâncias, o dano moral é presumido. Por exemplo citamos os casos de perda de um filho num atropelamento.

É um sofrimento que não possui valor econômico, mas que ainda sim faz jus à reparação.

Além do dano moral, o reconhecimento do labor em um ambiente insalubre também produz consequências materiais na medida que o trabalhador não consegue aposentar-se mais cedo.

Trata-se da aposentadoria especial: um benefício concedido ao segurado que tenha trabalhado em condições prejudiciais à saúde ou à integridade física. Para ter direito a essa modalidade de aposentadoria, o trabalhador deverá comprovar, além do tempo de trabalho, efetiva exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais pelo período exigido para a concessão do benefício (15, 20 ou 25 anos).

A comprovação de exposição aos agentes nocivos será feita por formulário denominado Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), preenchido pela empresa ou seu preposto, com base em Laudo Técnico de Condições Ambientais de Trabalho (LTCAT) expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho, conforme o texto legal nº 8213/1991 que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.

Nessa linha, entende-se que o empregador, por não provar que seu ambiente era salubre em razão da falta dos documentos exigidos (PPRA, PCMSO e LTCAT), e ainda por impedir que o trabalhador proceda a prova através da perícia judicial, havendo-o destruído ou modificado o local de trabalho, provoca um dano material do tipo lucros cessantes, não permitindo ao empregado gozar uma aposentadoria antecipada, o que conseqüentemente o impede de lucrar.

E, ainda que se diga que o a aposentadoria poderia ou não ocorrer por lhe faltar mais requisitos legais, em razão, por exemplo, do tempo de contribuição, mesmo assim, o empregador dá causa a perda de uma chance (a chance de gozar desse benefício previdenciário), o que não se confunde com os lucros cessantes.

Conforme DUQUE e FONSECA:

“a responsabilidade civil pela perda da chance não tem como objetivo indenizar o valor daquilo que não foi alcançado, mas sim indenizar a perda da oportunidade de se poder conquistar algo. Acerca desse ponto, importa asseverar que a vitória nunca é certa, mas há sempre uma possibilidade de vitória. Esta, por sua vez, é anterior ao fato que gera a perda da chance, o que demonstra que não se está diante de um caracterizado lucro cessante”, (2013).

Para os autores acima, a perda de uma chance gera um dano patrimonial emergente uma vez que a chance é algo que já pertence à vítima, porém reconhecem que muitos juízes aplicam tal teoria fundamentando-a em dano moral (DUQUE e FONSECA, 2013).

E só por amor ao debate, o adicional de insalubridade não é pago pelo dano em concreto à saúde do trabalhador, mas como forma de recompensá-lo pela exposição de sua integridade física e como forma de punir o agente agressor, desestimulando-o à praticas nocivas.

Assim, todo empregador deve possuir a consciência de que o bem mais precioso que possui em sua empresa é a vida/saúde de seus empregados. Portanto, a eliminação dos riscos ambientais deve ser socialmente e economicamente mais atrativa. Da maneira como se encontra, é mais interessante para o patrão recompensar a saúde do trabalhador pagando-lhe uma pequena “vantagem” pecuniária.

Além do dano, outro requisito necessário para a caracterização da responsabilidade civil é a culpa. O empregador ao expor a saúde do trabalhador em risco age com culpa, senão vejamos:

“Agir culposamente é não respeitar um dever de cuidado, erguido pelos costumes, pela boa-fé ou mesmo pelo bom senso do homem mediano da sociedade, considerando-se fatores socioeconômicos e até mesmo culturais para a análise concreta de cada caso. Portanto, a culpa provém da não-observância de um dever de conduta imposto pela ordem jurídica ou social”, (CHACON, 2009, p. 6).

Sendo assim, o dever de conduta imposto a todo empregador que admite empregado é possuir as documentações legais (PPRA, PCMSO e LTCAT). Portanto, a culpa aqui se vislumbra pela negligência do empregador por lhe faltar a observância de um cuidado previsto em nosso ordenamento, qual seja: a promoção de ações preventivas visando eliminar, neutralizar ou minimizar os riscos ocupacionais detectados nos ambientes de trabalho antes do início da atividade lucrativa.

E ainda que se dissesse que não existiu culpa, em alguns casos essa não deverá ser provada:

Art. 927, CC, Parágrafo único - Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

E por fim, o terceiro elemento para a caracterização da responsabilidade civil é o nexo causal, o qual existe justamente em razão da conduta do agente.

Por exclusão, haverá nexo causal sempre que eliminando-se a conduta eliminar-se também o dano, ou seja, deve-se concluir que se a conduta não fosse praticada não haveria necessariamente o dano (CHACON, 2009, p. 21).

Assim, se o empregador não expusesse a saúde do trabalhador em risco potencial, não haveria dano; não havendo dano, não seria obrigado a pagar-lhe o adicional de insalubridade, muito menos, indenizá-lo civilmente pelos danos materiais e morais decorrentes da falta de prova pericial, que conseqüentemente o impede de provar formalmente a insalubridade, mas que em razão da presunção que ora se pretende, por se inverter o ônus probatório, colocou a vida do trabalhador em risco e o impediu de gozar de plena saúde física e mental, e ainda de conquistar a aposentadoria antecipadamente.

Portanto, caso não seja reconhecido o direito ao adicional de insalubridade por ter dado causa o empregador à impossibilidade da perícia e outro meio de produção probatória, que seja reconhecido ao autor o direito a uma indenização substitutiva em razão da presunção da insalubridade, do dano à saúde e das conseqüências materiais advindas dela.

CONCLUSÃO

Encerra-se nossa reflexão colacionando as principais conclusões que se estabeleceram no desenvolvimento deste trabalho.

Como forma de se recompensar o trabalho em condições insalubres, nasce o adicional de insalubridade. Assim, não há comprovação de efetivo dano à saúde, há uma presunção deste e um pagamento como forma de recompensar o trabalhador, e, principalmente coibir, evitar que seja lucrativo ao agressor possuir ambientes insalubres.

Pelo diploma celetista, é requisito essencial para comprovação do trabalho em ambiente insalubre a realização da perícia judicial.

Demonstrou-se a dificuldade do empregado de produzir a prova constitutiva do seu direito nos casos em que o empregador deu causa à irrealização da prova técnica e ainda por não existir outros meios que comprovariam o alegado.

Diante dessa impossibilidade, pelo princípio da aptidão da prova, constatou-se que a reclamada é quem melhor condições possui de provar que seu ambiente era salubre, uma vez que deveria apresentar em juízo os seguintes documentos: PPRA, PCMSO e LTCAT, os quais corroborariam sua tese defensiva.

Pela aplicação do princípio acima, inverte-se o ônus probatório, passando à reclamada o encargo de demonstrar a salubridade de seu ambiente laboral, e se assim não proceder, gera a presunção relativa de um ambiente insalubre.

Dessa presunção, nasce o dever de indenizar, pois comprovado o dano imaterial à saúde, ainda que potencial, e comprovado o dano material decorrente da análise do lucro cessante e/ou a perda do direito de uma chance, qual seja, ser reconhecida a aposentadoria especial.

Não obstante, outro elemento necessário para a incidência da reparação civil é a demonstração da culpa, que no caso em tela decorreu da negligência do empregador por iniciar uma atividade sem o preenchimento dos requisitos legais que impõe a melhoria das condições de saúde do trabalhador.

Sendo assim, todo trabalhador que encontrar dificuldades na produção de sua prova técnica que se justificam pela impossibilidade criada pela reclamada (destruindo ou alterando o local) deve pedir sucessivamente a conversão do pedido de adicional de insalubridade em indenização civil (material e moral), o que evitaria a nulidade da sentença caso o magistrado abraçasse nossa tese.

REFERÊNCIAS

ROMITA, Arion apud ALEMÃO, Ivan . **Adicional de insalubridade: ônus da prova e laudo técnico**. Disponível em:

<http://www.uff.br/direito/index.php?option=com_content&view=article&id=27%3Aadicion-al-de-insalubridade&catid=4&Itemid=14>. acesso em 06 nov. 2012

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5/10/1988. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 1º maio 2013.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Brasília. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em 1º maio 2013.

BRASIL. NR 15 – Atividades e operações insalubres. Brasília. Disponível em: http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812DF396CA012E0017BB3208E8/NR-15%20%28atualizada_2011%29.pdf. Acesso em 1º maio 2013.

CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do Ônus da Prova: no processo civil do consumidor**. São Paulo: Método, 2008.

CHACON, Luis Fernando Rabelo. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em:

<portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 06 jun. 2014.

DUQUE, Bruna Lyra; FONSECA, Cesar Augusto Martinelli. **A teoria pela perda de uma chance e a sua caracterização como dano emergente**. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10782&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 08 set. 2013.

MENDES, René. **A Atualidade de Ramazzini, 300 anos depois**. Disponível em: <http://www.saudeetrabalho.com.br/textos-miscelania-6.htm>. Acesso em: 1º maio 2013.

MICHAELIS, Dicionário on line: Disponível em:

<<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=veross%EDmil>>. Acesso em 03 set. 2013.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. São Paulo: RT, 2006.

PEREIRA, Leone. **Manual de Processo do Trabalho**. Indicado para concursos públicos e OAB. São Paulo: Saraiva, 2011.

RAMPAZZO, Lino. **Metodologia científica**. 6. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2011.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do Trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **A prova No Processo de Trabalho**. 9. ed. São Paulo: Ltr, 2010