



Judiciário e Legislativo devem dialogar para regulamentar trabalho de provador

A marca do constitucionalismo brasileiro recente é a força normativa da Constituição, que culmina com a constitucionalização dos diversos ramos do direito. Hoje, toda a ordem jurídica é reinterpretada de acordo com a Constituição Federal, e os direitos fundamentais, mesmo aqueles originalmente concebidos para limitar a ação estatal, incidem sobre as relações privadas. Também o direito do trabalho contemporâneo caracteriza-se pela crescente abertura à incidência de princípios constitucionais. O direito do trabalho constitucionaliza-se, e os direitos fundamentais – todos eles, e não só os especificamente laborais – convertem-se em parâmetros para a aferição da validade das relações de trabalho.

O princípio constitucional mais comumente evocado é a dignidade da pessoa humana. Trata-se de princípio multidimensional. (a) Envolve a garantia de condições sociais básicas de vida: sem moradia, alimentação, educação e saúde, não há efetiva observância do princípio da dignidade da pessoa humana. (b) Implica também a atribuição de igual reconhecimento a identidades particulares: a discriminação em decorrência de etnia, gênero, orientação sexual, origem social ou geográfica viola gravemente a dignidade humana. (c) Em sua dimensão mais tradicional, proscreeve a “instrumentalização” do ser humano, traduzindo-se pela máxima anti-utilitarista segundo a qual cada ser humano deve sempre ser tratado como um fim em si mesmo, nunca como meio para a realização de finalidades alheias, mesmo que sejam importantes metas coletivas.

Esta última dimensão é especialmente pertinente à hipótese ora em exame. Frequentemente, decisões públicas e privadas inspiram-se em um versão vulgar do utilitarismo, segundo a qual é legítimo que a sociedade utilize o ser humano como instrumento, como meio, quando isso servir à produção de utilidades sociais: o importante seria produzir o “maior bem para o maior número”. Com base nesse tipo de critério, foram tomadas algumas das decisões mais trágicas da história da humanidade, como o extermínio de portadores de deficiências, levado a termo pelos nazistas para reduzir o que, em sua lógica desumana, consideravam ser o “lastro social”.

O princípio da dignidade humana é, acima de tudo, anti-utilitarista. Em uma democracia constitucional, o valor do indivíduo não pode ser objeto de relativização. É claro que o cálculo racional de custo-benefício é essencial para a eficiência dos negócios públicos e privados. Naturalmente, as decisões tomadas em ambas as esferas levam em conta uma avaliação de custos e benefícios. Porém, apenas se há pleno respeito aos direitos fundamentais, legitima-se a adoção de soluções mais vantajosas para o maior número.

Um dos temas que, no âmbito do direito do trabalho, tem suscitado a aplicação do princípio da dignidade humana é o dilema concernente à função de “provador”. Inúmeros produtos, como alimentos e bebidas, durante o processo produtivo, devem ser “provados” por profissionais que buscam conferir a observância de padrões adequados de qualidade. Os provadores ou avaliadores verificam, por exemplo, se o sabor e a textura do refrigerante ou do alimento industrializado, como salgadinhos e biscoitos, correspondem ao que está especificado. Ocorre que, dentre os produtos lícitamente produzidos,



comercializados e consumidos, muitos podem provocar, em diferentes graus, danos à saúde, como as bebidas alcoólicas, os alimentos industrializados e o tabaco. Como não há tecnologia eficaz para substituir a participação humana, surge a indagação: é compatível com a dignidade humana a contratação de empregados para provar produtos que, embora lícitos, podem provocar danos à saúde? Tal contratação não implicaria a “instrumentalização” do indivíduo?

Não há em nosso ordenamento jurídico regra que forneça uma resposta peremptória para essa questão. O que há é uma constelação de princípios que, conjugados com o princípio da dignidade humana, podem ser evocados com pertinência – saúde, liberdade, igualdade, proteção do consumidor, dentre outros. Como se observará a seguir, a ponderação prudente e equilibrada desses princípios não legitima a proibição ou a permissão total da atividade dos provadores, embora leve à necessidade da imposição de regras que reduzam o impacto sobre a saúde do trabalhador e que garantam a efetividade de sua autonomia decisória. Vejamos.

A tese da proibição total costuma se apoiar no argumento de que não é lícito ao empregado dispor de sua saúde. Aplicar-se-ia à hipótese o princípio da dignidade da pessoa humana na sua dimensão anti-utilitarista, a qual impediria que o empregado realizasse uma atividade prejudicial a sua saúde para atender aos interesses de empresários e consumidores.

O argumento, sem dúvida, é relevante, e deve ser considerado na regulação da atividade dos provadores. Porém, deve-se igualmente considerar que, tal como a atividade dos provadores, outras profissões também expõem os trabalhadores a riscos e envolvem a prática de atividades perigosas e insalubres, como, por exemplo, o comércio de combustíveis, o mergulho profissional, a construção civil, a aplicação de agrotóxicos, dentre inúmeras outras. Mesmo profissões especializadas e que são objeto de grande prestígio social produzem, muitas vezes, prejuízos para a saúde do trabalhador. São conhecidas as doenças vinculadas ao excesso de trabalho de executivos de empresas, cirurgiões e, até mesmo, professores. E todas essas profissões são consideradas lícitas em nosso ordenamento. O que justificaria tal distinção?

Um dos principais pressupostos de legitimação do ordenamento jurídico é a coerência. Se duas atividades laborais são equivalentes – igualando-se por serem insalubres –, não é legítimo que o direito as trate de modo diferente. O direito não pode proibir uma atividade e permitir a outra, se tais atividades equivalem-se quanto a seus elementos essenciais. O tratamento diferenciado só é legítimo se houver algum critério aceitável de distinção.

Um critério distintivo adequado é a intensidade do dano provocado à saúde. Se a atividade efetivamente provoca sérios danos à saúde do trabalhador, o direito não pode permiti-la, se não for possível estabelecer regras mais rigorosas para o seu exercício com padrões aceitáveis de segurança. O exame desse critério depende, porém, de dados concretos, a serem aferidos em perícias. Constatado que os danos provocados por duas atividades são equivalentes, ou banimos ambas ou não banimos nenhuma. Exemplo de banimento justificado é o do jateamento com sílica ou o da extração de amianto, atividades que comprovadamente provocam sérios danos à saúde.

Não podemos confundir os danos que são causados aos consumidores com os danos que podem ser provocados aos provadores – na prova de bebidas alcoólicas, como vinho e cerveja, por exemplo, não há



a ingestão da bebida, que é expelida. O que se demanda, por precaução, é a imposição de regras e critérios para a atividade dos provadores.

Além de, em regra, se apoiar numa pré-compreensão distorcida quanto aos danos que são efetivamente provocados pela atividade dos provadores – decorrentes da confusão com os danos provocados pelo consumo –, a tese da proibição total parece levar em conta ainda outro critério distintivo. Trata-se de juízo de desvalor que recai não propriamente sobre a atividade laboral, mas sobre o próprio produto do trabalho: o álcool, o tabaco, os alimentos industrializados. O que parece orientar os que propugnam pela proibição total da atividade dos provadores é o entendimento de que tais produtos não são úteis. Como são nocivos à saúde, sua produção não justificaria a realização de atividades profissionais que expusessem os trabalhadores a riscos, ao contrário do que ocorreria com outras atividades, como a aplicação de agrotóxicos para a produção de alimentos.

A princípio, cogitar sobre a utilidade de produtos entregues ao comércio por nossa legislação está fora do âmbito de atribuições da Justiça do Trabalho. Mas ainda que não fosse assim, a adoção do critério da utilidade de produtos para avaliar a licitude de atividades laborais violaria, isto sim, a dignidade da pessoa humana. Como antes consignado, o princípio da dignidade da pessoa humana é anti-utilitarista: não admite o sacrifício individual para se produzirem utilidades sociais. O que deve orientar a decisão de proibir ou permitir determinada atividade laboral é o dano causado ao trabalhador, não os benefícios que propicia à sociedade.

Deve-se considerar ainda, como elemento decisivo, a autonomia decisória do trabalhador, indissociável do princípio da dignidade da pessoa humana. As autoridades públicas, ao cogitarem da proibição de uma atividade profissional, devem estar conscientes de que o princípio da dignidade da pessoa humana também rejeita uma orientação paternalista do poder público, que pretenda ditar o modo como as pessoas devem viver suas vidas, desconsiderando suas opções e preferências pessoais. Ao proibir determinada atividade laboral, o poder público interfere gravemente em identidades pessoais, que também se constituem a partir da profissão escolhida. O estado que protege não pode se converter no estado que poda projetos de vida e mutila identidades.

Mestres cervejeiros, por exemplo, elaboram as fórmulas das cervejas e acompanham todo o processo produtivo, do qual a prova é parte integrante. Para formá-los, há, inclusive, cursos universitários específicos, tanto no Brasil quanto no exterior. Trata-se, portanto, de atividade de grande especialização. Proibir que os mestres cervejeiros provem o produto que fabricam é excluir um elemento essencial de sua atividade profissional. Não há razão determinante para fazê-lo, nada obstante alguns profissionais tenham sofrido danos em sua saúde, apurados em processos instaurados na Justiça do Trabalho.

Por outro lado, se o princípio da dignidade da pessoa humana não leva à proibição total da atividade dos provadores, é certo que justifica a imposição de regras que a disciplinem com o propósito de reduzir os riscos envolvidos. Foi o que entendeu, por exemplo, o Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello, em recente julgamento havido no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, concernente à prova do tabaco. Segundo o Ministro, os empregados que participam da avaliação devem aderir à atividade por livre e espontânea vontade; devem poder se desligar a qualquer momento, sem prejuízo de seu emprego e remuneração; apenas empregados que sejam previamente fumantes podem se engajar na atividade de provador; o período de engajamento seria de seis meses; o experimentador exerceria sua atividade por



duas semanas, ao final das quais a interromperia por uma semana; encerrados os seis meses, deveria ser observado intervalo de três meses para que o trabalhador pudesse retomar à condição de provador voluntário [1].

A plena incidência do princípio da dignidade humana é um elemento virtuoso do momento por que passa o direito brasileiro. Para que essa incidência se perpetue e alcance todos os âmbitos em que o arbítrio e a injustiça ainda predominam, é necessário um esforço analítico por parte da doutrina, que permita a clara identificação de todas as suas dimensões. Por vezes, nem sempre uma hipótese inicial de aplicação se confirma integralmente. Parece ser o que tem lugar no “dilema dos provadores”. Hoje, a lei não proíbe a realização da atividade. Cabe ao Judiciário adotar uma postura deferente diante das opções legislativas, e ao legislador, por seu turno, estar muito atento aos fatos e às provas que constam dos processos em curso na Justiça Laboral. É desse diálogo entre as instituições que resultará a regulamentação equilibrada da atividade dos provadores, certamente para benefício dos próprios trabalhadores, que devem ser priorizados em todas as cogitações sobre o tema.

[1] TST-ED-RR-120300-89.2003.5.01.0015

Date Created

20/02/2013