

AS TENSÕES ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO A LUZ DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS: ANÁLISE DO CASO DOS “PROVADORES DE CIGARRO” DA EMPRESA SOUZA CRUZ

THE TENSIONS BETWEEN THE PUBLIC AND THE PRIVATE AND THE DEMOCRATIC STATE OF LAW IN LIGHT OF THE BRAZILIAN COURTS: ANALYSIS OF THE CASE OF "CIGARETTE TASTERS" OF THE SOUZA CRUZ COMPANY

Arnaldo Vasconcelos*¹

Marcelo Leandro Pereira Lopes*²

RESUMO

O presente trabalho pretende investigar, a partir de uma decisão do Tribunal Superior do Trabalho, a relação entre o público e o privado em face do ordenamento jurídico brasileiro. O problema que se coloca é solucionar a tensão entre o direito público e o direito privado de modo que a acomodação/restricção a cada um desses espaços sejam a mínima indispensável à sua convivência, tendo como objeto de estudo o caso concreto dos “provadores de cigarro” da empresa Souza Cruz. Desse modo, possui como objetivo analisar as tensões, dentro do Poder Judiciário brasileiro, das tensões entre o público e o privado a partir da Constituição de 1988, por intermédio do caso concreto dos provadores de cigarro da Souza Cruz, avaliando de que forma pode-se buscar o equilíbrio entre as esferas jurídicas conflituosas, verificando, no caso em tela, se existe prevalência ou equilíbrio entre eles. A metodologia aplicada baseou-se no primeiro momento em uma pesquisa pura com leitura bibliográfica e documental do referencial teórico em livros, artigos periódicos e jurisprudências. Posteriormente, realizou-se uma pesquisa exploratória, através da análise de um julgamento de embargos ocorrido no Tribunal Superior do Trabalho, onde se avaliou os votos dos ministros da Seção de Dissídios Individuais I (SDI-I). Ao final, apreciar a aplicação da relação público-privada no julgamento no qual, pela maioria de votos, os nobres julgadores avaliaram no sentido de prevalecer o princípio da livre iniciativa e da livre atividade econômica, afastando a proibição da utilização de trabalhadores empregados em testes de cigarros.

Palavras-chave: Tensão. Direito Público. Direito Privado. Provadores de Cigarro. Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

The present study aims to investigate, from a decision of the Superior Labor Court, the relationship between the public and the private in face of the Brazilian Judicial System. The problem that arises is to solve the tension between public and private law so that the accommodation/restriction to each one of these spaces are the minimum necessary for their coexistence, having as object of study the case of "cigarette tasters" of the Souza Cruz Company. Thus, it has as objective to analyze the tensions within the Brazilian Judiciary System, the tensions between the public and the private from the 1988 Constitution, through the concrete case of the cigarette tasters of Souza Cruz, assessing how it can be sought a balance between the conflicting legal spheres, checking in this case, if there is prevalence or balance between them. The methodology applied was based at first on a pure research with bibliographical and documentary reading of the theoretical framework in books, journals articles and jurisprudence. Subsequently, it was performed an exploratory study, through the analysis of a trial of embargoes occurred in the Superior Labor Court, in which was evaluated the votes of ministers of the Section of Individual Bargaining I (SDI - I). Finally, to assess the application of the public- private relationship in the trial in which, by majority vote, the noble judges evaluated in the sense of prevailing the principle of free enterprise and free economic activity, removing the ban on the use of workers employed in tasting cigarettes.

Keywords: Tension. Public Law. Private Law. Cigarette Tasters. Democratic State of Law.

¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal do Pernambuco - UFPE. Professor titular do Programa de Pós-graduação stricto sensu da Universidade de Fortaleza – UNIFOR.

² Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília – UCB. Especialista em Direito Constitucional UFPI. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Piauí- UFPI. Professor pesquisador e Coordenador do Núcleo de Estudo e Pesquisa em Política, Estado e Direito Constitucional – NEPEEDIC. Bolsista PRODAD/PROSUP.

INTRODUÇÃO

A clássica divisão entre direito público e direito privado surgiu em tempos imemoriais. Tal distinção remontam às tradições romanas tal distinção. Mais precisamente, no Digesto:

Hujus studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum jus est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad sinlorum utilitaem; sunt enim quaedam plubice utilia, quaedam privati. (Ulpiano, “Digesto”, I, I, I e 4)

Destaca-se, entretanto, que a dicotomia, por vezes, mal interpretada pela doutrina, esquece-se de que, em razão da natureza una do direito, as distinções entre público e privado, ao contrário de excludentes, são complementares.

Neste sentido, a escolha do tema deu-se pela observância de um caso concreto em que, através de um julgado, verificaram com profundidade, as discussões entre o público e o privado na esfera do direito. Uma ação que já havia sido iniciada há dez anos, foi julgada recentemente pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST), o qual decidiu permitir que a empresa Sousa Cruz S/A mantivesse em seu quadro de funcionários os chamados provadores de cigarro, indo de encontro ao posicionamento do Ministério Público do Trabalho (MPT), defensor da opinião por se tratar de uma atividade sabidamente nociva à espécie humana, a submissão de empregados ao painel sensorial, local onde se realiza a experimentação do fumo, configuraria conduta ofensiva à saúde e à vida dos trabalhadores.

Nesse contexto, o problema de pesquisa consiste em saber de que forma o Poder Judiciário pode solucionar o conflito entre público e privado de modo que a restrição a cada direito seja a mínima indispensável à sua convivência com o outro e tem as seguintes questões norteadoras: o Estado pode impedir que o trabalhador exerça seu direito à liberdade de profissão, sob o argumento de que esse exercício violaria o direito à saúde e ao meio ambiente? Como o Estado poderia propiciar ao trabalhador condições mínimas para o exercício de sua atividade laboral sem objetar o princípio da livre iniciativa e livre exercício da profissão?

Desta forma, o objetivo é analisar as tensões, dentro do Poder Judiciário brasileiro, entre o público e o privado a partir da Constituição de 1988, por intermédio do caso concreto dos provadores de cigarro da Souza Cruz, avaliando de que forma se pode buscar o equilíbrio entre as esferas jurídicas conflituosas, verificando no caso em tela se existe prevalência ou equilíbrio entre elas.

A metodologia utilizada no primeiro momento bibliográfica e documental, fundamentada em um estudo do referencial teórico em livros, revistas, textos, periódicos,

doutrinadores, decisões jurisprudenciais, legislações específicas e materiais eletrônicos de autores que discutem o tema apresentado.

Em relação ao objeto deste trabalho, a pesquisa foi do tipo exploratória, tendo em vista proporcionar uma visão geral de um determinado fato, no caso o estudo de caso da ação trabalhista dos provadores de cigarro, avaliando que teorias e conceitos existentes poderiam ser aplicados a esse caso concreto.

Analisou-se o julgamento de Embargos propostos pela empresa Souza Cruz e pelo Ministério Público do Trabalho perante a Seção de Dissídios Individuais I (SDI-I), onde foram transcritas partes dos votos de alguns ministros para avaliar de que modo o Colendo Tribunal Superior do Trabalho se posicionou a partir da colisão entre direitos fundamentais no caso concreto dos provadores de cigarro, dando em seguida o suporte legal para tais posicionamentos.

1 O ESPAÇO PÚBLICO E PRIVADO À LUZ DOS PENSAMENTOS DE ARENT, HABERMAS E DAMATTA

O que se entende pela relação público-privado, ao longo do tempo, é resultado dos reflexos do momento histórico e realidade social, essencialmente em decorrência da relação firmada pelos indivíduos entre si, ou por eles e governo/Estado.

Hannah Arendt, ao fazer uma crítica sobre as definições da divisão moderna, reporta-se ao pensamento político grego, ressaltando a oposição existente entre a esfera do que é comum (*koinon*) aos cidadãos, que seria a esfera pública da política, e aquilo que lhes é próprio (*idion*) ou do domínio da casa (*oikos*), correspondente à esfera privada. De forma que cada cidadão teria o que seria seu e o que seria comum, e nessa ambivalência de funções desempenhadas pelos gregos residiria a função da divisão entre público e privado.

No entanto, essa divisão restou abalada na era moderna; e em decorrência dos novos moldes políticos as esferas privadas passaram a ser objeto de interesse do público. Dessa forma, surge a esfera social, em decorrência da interpolação de uma esfera em outra, vindo à tona, por exemplo, no momento em que a família está em declínio e a propriedade deixa de ser interesse unicamente privado, para atender e buscar proteção nos interesses públicos, que estariam sendo absolvidos por grupos sociais correspondentes.

Arendt (2008, p. 79), relata a preocupação diante da crescente ausência de privacidade e do refúgio, da assimilação da ação pelo social privado, o uniformismo das atividades humanas e o conformismo generalizado, e contra o crescimento constante da esfera social:

(...) contradição entre o privado e o público, típica dos estágios iniciais da era moderna, foi um fenômeno temporário que trouxe a completa extinção da própria diferença entre as esferas privada e pública, a submersão de ambas na esfera do social. [...] a esfera pública porque se tornou função da esfera privada, e a esfera privada porque se tornou a única preocupação comum que sobreviveu.

A visão da autora nitidamente trata da massificação da sociedade, onde o indivíduo em vista da despolitização e ausência de espaço privado, perde o senso crítico e refugia-se no social, naquilo que agrega a ele a igualdade ou aceitação, cuja passividade acabaria por gerar movimentos totalitários de governo, por exemplo.

Habermas, sobre a divisão público-privado, partindo da análise do Estado Moderno, preleciona que na organização do Estado Social, novas normas, conhecidas como de Direito Social, foram sendo reconhecidas, resultado da interferência do setor público no setor privado e vice-versa, onde o modelo de separação rígida entre o público e o privado acaba por se tornar inútil. Para o autor, entre as definições possíveis, a esfera privada compreende a sociedade civil e o Estado, o “poder público”, tornando-se sinônimo de poder estatal.

Para o autor, é nesta esfera privada da sociedade que se tornou publicamente relevante o que Hannah Arendt pensa quando caracteriza, em contraposição à sociedade antiga, a relação moderna entre esfera pública e esfera privada, mediante a formação do “social”, (HABERMAS, 2003, p. 33). Dessa forma, o Estado passa a se preocupar com o social, assumindo prestações que antes eram assumidas pelo campo do privado.

A separação rígida entre os papéis da sociedade e do Estado passou a ser superada, e o Estado passa a interferir na esfera social, objetivando administrar, fornecer e difundir. Segundo Habermas (2003, p. 177), a partir da

esfera privada publicamente relevante da sociedade civil burguesa constitui-se uma esfera social repolitizada, em que instituições estatais e sociais se sintetizam em único complexo de funções que não é mais diferenciável. Essa nova interdependência de esferas até então separadas encontra a sua expressão jurídica na ruptura do sistema clássico do Direito Privado.

Conforme pode ser constatado, essa confusão entre o público e o privado é uma realidade que irradia efeitos e consequências, desde as críticas, por exemplo, tecidas por Arendt quanto à passividade do cidadão diante da política, ou quando Habermas aponta o surgimento de novos direitos aos indivíduos, como os Direitos Sociais e a ruptura do Direito Privado. Dessa forma, é fato que a separação rígida como antes foi experimentada na sociedade grega, já não é viável e não mais concretizável, a modernidade e a massificação da

sociedade acabam por exigir que público e privado se comuniquem. O setor público agora compreende o setor privado e vice-versa.

Em outros termos, o antropólogo brasileiro, Roberto DaMatta, em “A Casa & a Rua, dialoga sobre os espaços, transpondo suas condições geográficas, e demarcando que o “mundo da casa” (espaço privado) e o “mundo da rua” (espaço público), no contorno do Estado brasileiro, são marcados, a priori, por uma relação de oposição, de tensão, porém, ao mesmo tempo complementares e interativas. (DaMatta, 2001)

Para DaMatta (2000), em contrário sensu:

No fundo, vivemos em uma sociedade que existe uma espécie de combate entre o mundo público, das leis universais e do mercado, e o universo privado da família, dos compadres, parentes e amigos. Assim, se sou um cidadão na festa cívica e no comício político, não quero de modo algum ser apenas um cidadão quando estou às voltas com a polícia num caso de roubo. Aqui, a primeira providência que tomo é no sentido de ser logo reconhecido, mas não como cidadão. Espero ser tratado com a máxima atenção, consideração e tolerância. Num caso, o que conta é o indivíduo e o cidadão; noutro, o que vale é a relação. (DAMATTA, 2001, p. 53)

Entretanto, destaca-se que tal oposição, não significa, necessariamente, contraditórios, mas contrários. Entende-se por *opostos* aqueles interesses que estão em lados extremos. Os opostos, geralmente, são contrários, mas podem ser contraditórios. Quando os opostos são contraditórios, eliminam-se um ao outro. Se os polos opostos se excluem (lógica da exclusão) e anulam-se mutuamente, não há relação e, portanto, não há espaço para o diálogo. Enquanto contrários, relacionam-se e se complementam.

Essa dicotomia entre público e privado ou mesmo a ausência dessa separação pode ser analisada diante de diversos enfoques, sejam estes políticos, econômicos, sociais, filosóficos, históricos ou jurídicos. Quanto ao aspecto jurídico atrelado a esse fenômeno, temos o surgimento de novos direitos e a ruptura do Direito Privado que acaba por passar por um releitura diante de normas públicas que adentram a esfera do privado.

Tal premissa é nitidamente visível diante de instrumentos, como uma Constituição, que a princípio serviriam para firmar as bases públicas e delimitar o poder estatal, e passaram a adentrar o campo do privado e a estabelecer diretrizes para interpretação de outros ramos normativos. Com a supremacia reconhecida a uma Constituição, por exemplo, e diante da nova realidade, com a necessidade atual de intervenção no campo privado para alcançar uma justiça social, foram sendo incorporadas ao seu texto normas de cunho essencialmente de interesse privado.

A Constituição passa a consagrar em seu texto além de normas de direito público, normas de direito privado, como quando estabelece normas sobre direito de família e

propriedade, antes um campo que dizia respeito unicamente ao espaço privado. Isso ocorre, dessa forma, estaria protegendo não uma instituição privada, mais os interesses do social, da coletividade, resguardando a liberdade e direitos básicos mínimos aos seus membros. Como pode ser observado na família, que não seria uma instituição inune às normas que regem a própria sociedade, e seus membros, além de constituírem a família, constituem o corpo social.

Assim, afastada de uma dicotomia rígida ou mesmo de uma confusão entre esferas, atualmente pode ser entendido que o direito público e o privado, assim como os espaços, são complementares e não excludentes, e que a Constituição de um Estado pode ser encarada como um elo de união entre eles, ditando as bases e protegendo as pluralidades sociais diante da complexidade das relações que hoje são firmadas na construção do Estado Democrático de Direito.

2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A RESSIGNIFICAÇÃO DA TENSÃO PÚBLICO E PRIVADO

A Constituição Federal de 1988 fez nascer um novo modelo de organização político-jurídico no país: o Estado Democrático de Direito. Ao consagrar o Estado Democrático de Direito na ordem normativa e política pátria, a CF/88 consolidou, ao lado da soberania, cidadania e dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, verdadeiros fundamentos da República Federativa do Brasil, demonstrando, de forma límpida que visa equilibrar as relações desenvolvidas ao longo dos estados liberal e social.

O Estado de Direito surgiu da necessidade premente de se estabelecer um conjunto de normas que restrinjam o poder totalitário do Estado-polícia e de seu mandatário. Com o advento da democracia moderna, por intermédio da efetiva e universal participação do povo nos destinos de seu país, o mandatário passou a ser reconhecido como titular do poder uno e soberano do Estado, devendo os representantes se submeterem à vontade popular e à sua atividade fiscalizadora.

Nos fins do século XX e início do século XXI, ocorre uma mudança, na qual a bipolarização moderna que entra em conflito com os opostos (individual versus social (coletivo); privado versus público; dentre outros) passa a ser revista pelas teorias da desconstrução (Derrida), complexidade (Morin), sociedade líquida (Bauman), Ecologia profunda (Capra), dentre outras.

Nesse sentido, o paradigma clássico dual é substituído por um novo paradigma, ainda em construção, por alguns denominado pós-moderno. Nesse desiderato, Carvalho Netto

(1999, p.476) redimensiona o Estado em quatro momentos. O primeiro, Estado Absoluto, pré-moderno, que segue desde a antiguidade até a Idade Média, caracteriza-se por um poder ilimitado nas mãos do soberano. Com o surgimento do Estado Moderno (Estado de Direito), ter-se-ão três momentos distintos ou subdivisões.

De início, tem-se o Estado liberal, influência do liberalismo político, que se caracteriza pela proteção do indivíduo em frente ao Estado, portanto, possui forte propensão para assegurar os direitos privados em frente aos poderes públicos. Depreende-se do exposto que os primeiros passos do Estado de Direito visam proteger o indivíduo (vida privada), através dos direitos individuais e políticos, contra o totalitarismo estatal.

Para Streck e Morais,

O Estado Liberal de Direito apresenta-se caracterizado pelo conteúdo liberal de sua legalidade, onde há o privilegiamento das liberdades negativas, através de uma regulação restritiva da atividade estatal. A lei, como instrumento da legalidade, caracteriza-se como uma ordem geral e abstrata, regulando a ação social através do não-impedimento de seu livre desenvolvimento; seu instrumento básico é a coerção através da sanção das condutas contrárias. O ator característico é o indivíduo, (Streck e Morais, 2006, p. 102).

Como desdobramento do Estado Liberal e em razão de outras necessidades, o Estado social “representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado liberal”. (BONAVIDES, 2004, p. 184).

O Estado Social baseia-se nos direitos de cunho econômico e social, valorizando o espaço público, ressignificando o direito privado e realizando os objetivos da justiça social, que seria rotulada de *Welfare State*.

O Estado passou, graças a uma intervenção crescente na ordem econômica e social, a perseguir uma mais justa distribuição dos bens de tal sorte que a todos fossem facilitados recursos mínimos para a fruição dos direitos fundamentais clássicos. Isto, contudo, não foi possível senão por meio da imposição de regulamentações e de novas obrigações ao cidadão (...). (BASTOS, 2001, p. 181)

Com a concepção de Estado Democrático de Direito, segundo Streck e Morais (2006, p. 104) “a atuação do Estado passa a ter um conteúdo de transformação do *status quo*, a lei aparecendo como um instrumento de transformação por incorporar um papel simbólico prospectivo de manutenção do espaço vital da humanidade”, assim:

Dessa forma, os mecanismos utilizados aprofundam paroxisticamente seu papel promocional, mutando-o em transformador das relações comunitárias. O ator principal passa a ser coletividades difusas a partir da compreensão da partilha comum de destinos, (Streck e Morais, 2006, p. 104).

Para Enterría (2000, p?), o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito estabelece “una nueva legitimidad y un diseño del poder y de Derecho cuya plasmación en la

realidad cotidiana necesitó importantes transformaciones tanto de la mentalidad y la cultura jurídica, cuanto de la actividad de los operadores jurídicos”, suplantando a antiga dicotomia público e privado e estabelecendo um equilíbrio nessas relações.

Ao contrário do que se apregoa em vasta escala na doutrina, a Constituição de 1988 não publiciza o direito privado, mas eleva-o como valor supremo de uma nova ordem democrática. A Constituição deve ser entendida como um supradireito, e não confundida com o direito constitucional, que é ramo do direito público e tem no estudo da Constituição um de seus objetos.

Corroborando com tal pensamento, Tércio Sampaio Ferraz Jr. sentencia que: “A lei constitucional chama-se lei apenas por metáfora, ela não é igual às outras leis. A constituição tem que ser entendida como a instauração do Estado e da comunidade”. (FERRAZ JR., 1996. v. 17, p. 49)

A clara pretensão constitucional, em razão da sua ecleticidade, é coordenar as relações público-privadas, estabelecendo um novo paradigma de Estado e, conseqüentemente, um novo viés de interpretação do direito.

Neste diapasão, ampliando-se o pensamento de Schneider e contemporizando-o, percebe-se que o desiderato constitucional é manter a coesão política – unidade política e, por seu intermédio, a composição dos contrassensos existentes e a busca da pacificação social.

Para Schneider, “a função mais importante da Constituição é a formação da unidade política”, porque “na comunidade democrática hão de resolver-se algumas vezes as controvérsias públicas” (SCHNEIDER, p. 44)

No mesmo sentido, Hesse (1998, p. 29) entende que o “sentido de Constituição só pode ser compreendido desde a tarefa e a função da Constituição, na realidade da vida histórico-concreta estão dadas, inevitavelmente, unidade política e ordem jurídica”.

Portanto, nos tempos hodiernos, essa unicidade

Possui claramente o sentido de pluralidade, de coexistência na diferença. De interesses diversos, como o público e o privado, ora em harmonia, sim, mas ora em conflito. E nessa última situação, por certo, o sentido democrático da Constituição não deve optar previamente pela prevalência de um ou de outro. A unidade público/privada devem remeter a solução de eventuais conflitos às dimensões concretas da vida. (SCHIER, 2007, P. 167)

Porém, percebe-se que parte da doutrina e, principalmente, da jurisprudência brasileira hodierna não tem compreendido tal aspiração constitucional e, invariavelmente, amplia o conflito e importa teorias que inviabilizam o desiderato constitucional e rompem a harmonia

institucional. Um poder/função (jurisdicional), que nasce para dirimir conflitos em sociedade, por vezes, contraditoriamente, alarga-os.

Em razão do exposto e com fito de verificar as contradições endêmicas dos tribunais brasileiros, passa-se ao estudo de caso.

3 ESTUDO DE CASO DOS PROVADORES DE CIGARRO

3.1 HISTÓRICO DO CASO

A ação foi originalmente proposta perante a MM. 2ª Vara Cível do Rio de Janeiro que, por força da Emenda Constitucional número 45, que alterou a competência da Justiça do Trabalho, declinou de sua competência em prol de uma das Varas do Trabalho da capital. Teve origem como Ação Civil Pública (ACP) de nº 1203-2003-015-01-00-8, proposta em 2003, pelo Ministério Público do Trabalho (MPT), a partir de ação individual movida por um ex-empregado da Sousa Cruz, que cobrou indenização por problemas de saúde, ocasionando a doença denominada Pneumotórax, decorrente do trabalho por vários anos no “painel de avaliação sensorial”. Segundo o depoimento do ex-provador, a Souza Cruz, com o objetivo de fazer o controle de qualidade de seus produtos, mantinha um projeto chamado “Painel de Fumo”, que levava empregados a testar os cigarros produzidos pela própria empresa e os das empresas concorrentes, sem nenhuma proteção, a fim de avaliar o gosto e o cheiro dos cigarros.

O autor da denúncia que levou o MPT ajuizar a ação, Sr. Marcos Ribeiro Costa, começou a trabalhar na empresa em 1976 aos 15 anos, como mensageiro. Quando completou 18, ele diz que foi escolhido para participar de uma atividade interna denominada “painel de fumo”, mas não tinha ideia dos riscos. Essa atividade consistia em experimentar 4 vezes na semana, entre 7 e 9h, em jejum, uma média de 200 cigarros por dia. À tarde, esporadicamente, havia sessão extraordinária. Marcos reclama que, devido aos dez anos que passou como provador de cigarros, desenvolveu a doença ocupacional denominada Pneumotórax. Ele afirma que a análise dos cigarros era feita sem as mínimas condições de proteção e segurança, sem a realização de exames médicos antes para detectar se o provador apresentava condições de saúde que permitissem realizar tal trabalho.

Diante disso, o MPT requereu à Justiça do Trabalho que a empresa fosse condenada a não mais contratar pessoas para a função de provadores de cigarros, sob pena de multa no

valor de R\$ 10 mil, por trabalhador. Requereu, ainda, a manutenção e a garantia, a cada um dos trabalhadores que realizaram os testes, tratamento hospitalar e antitabagista e, por trinta anos, a realização de exames médicos. Todos os requerimentos sob pena de multa diária de R\$10.000,00. Por fim, pediu a condenação da empresa ao pagamento de indenização de um milhão de reais por danos aos interesses difusos e coletivos dos trabalhadores, a ser revertido ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT).

Inconformada com a sentença, a Souza Cruz recorreu ao Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região (RJ). Alegou que os empregados que se submeteram ao serviço, todos fumantes, fizeram-no por espontânea vontade, bem como alegou não haver prova de nenhum dano à saúde dos trabalhadores relacionada à função de provadores. A Souza Cruz ainda ressaltou que essa atividade não seria ilegal. A condenação foi mantida pelo Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 1ª região. Para o TRT, essa atividade da empresa afronta o direito à saúde e à vida dos trabalhadores. O acórdão do TRT considerou que, nesse caso, os princípios basilares da saúde e da vida digna se sobrepõem aos argumentos trazidos pela empresa quanto ao respeito à livre iniciativa e à livre atividade econômica. Ressaltou, ainda, que os danos não dizem respeito somente aos empregados provadores, mas sim a toda a coletividade que se vê prejudicada pela produção e comercialização de uma droga.

A Souza Cruz, então, interpôs recurso de revista ao TST, reforçando suas teses e se insurgindo contra o deferimento da indenização e ao valor por dano moral coletivo. No julgamento do recurso de revista, a 7ª turma do Tribunal Superior do Trabalho (TST), nos autos TST-RR-129100-11.2006.5.01.0045, manteve a proibição de contratar provadores de cigarro, mas afastou a indenização por danos aos interesses difusos e coletivos aos trabalhadores. Tanto a empresa quanto o MPT interpuseram então embargos à Seção de Dissídios Individuais-1 (SDI-1) – a primeira buscando suspender a proibição, e o MPT, defendendo o restabelecimento da indenização.

Para o MPT, o termo “painel sensorial” é apenas um “nome de fantasia” para o que, na prática, seria “*uma brigada de provadores de tabaco*“, que provam cigarros da Souza Cruz e dos concorrentes com a finalidade de aprimorar o produto comercialmente.

Ao contestar a ACP, a Souza Cruz defendeu que a avaliação de cigarros é essencial para garantir a uniformidade do produto, e a técnica do painel sensorial é usada internacionalmente. A proibição imposta somente a ela e não às empresas concorrentes,

afetaria sua posição no mercado. Para o advogado da empresa, a legislação brasileira não opta pela proibição quando há risco na atividade, e sim pelo acréscimo remuneratório. Destacou, entre outros aspectos, que a adesão ao painel sensorial é voluntária e restrita aos maiores de idade e fumantes.

Nas razões de embargos, a empresa sustentou que a proibição, na prática, enquadrava a atividade como insalubre sem a observância dos requisitos previstos na CLT (artigos 189 e 195) e sem que ela conste da Norma Regulamentadora 15 do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE). Outro argumento foi o de que a atividade é reconhecida pelo MTE no Catálogo Brasileiro de Ocupações, nas classificações 1246-10 (*blender* de cigarros) e 8422-35 (degustador de charutos).

Os embargos começaram a ser julgados em agosto de 2012. Nas sessões de julgamento houve divisão na opinião dos ministros, com alguns votos no sentido de manter a proibição de contratar os provadores de cigarros, outros no sentido de permitir a atividade e houve votos alternativos no sentido de fixar condições para o exercício da atividade.

O acórdão de julgamento dos embargos da Souza Cruz aduz, em relação à discussão de a nocividade não ser impeditiva para o desempenho do labor, como ocorre em outros ramos empresariais, denota-se que não há competência da Justiça do Trabalho para julgar a licitude do ramo desenvolvido pela embargante. Também foi utilizado como razões de decidir que a intenção é proteger aqueles trabalhadores que realizam a prova dos cigarros, independente se há ingestão ou não do fumo, porque o dano à saúde é potencial. No final do julgamento dos embargos, pela maioria de votos, deu-se provimento total aos embargos para afastar a condenação da reclamada a abster-se de utilizar trabalhadores empregados em testes de cigarros, no painel de avaliação sensorial. Ficaram vencidos, portanto, o ministro relator, Augusto César Leite de Carvalho, e os ministros José Roberto Freire Pimenta, Delaíde Miranda Arantes, Alberto Bresciani e Lélío Bentes Corrêa. Seguiram a divergência os ministros João Oreste Dalazen, Maria Cristina Peduzzi, João Batista Brito Pereira, Dora Maria da Costa e Antônio José de Barros Levenhagen.

Com relação aos embargos do Ministério Público, prevaleceu o voto do relator, que restabeleceu a indenização por dano moral coletivo. Ficaram vencidos os ministros Ives Gandra Filho, Cristina Peduzzi, Vieira de Mello Filho, Dora Maria da Costa, Barros Levenhagen e Brito Pereira.

O acórdão do julgamento dos embargos foi publicado no dia 26/04/2012 e o Ministério Público do Trabalho (MPT) já se manifestou dizendo que vai recorrer ao Supremo Tribunal Federal (STF) contra a decisão do TST no caso dos provedores de tabaco na empresa Souza Cruz. “A questão envolve princípios constitucionais e tratados internacionais e o STF é o órgão adequado para definir o alcance do texto constitucional”, afirmou a procuradora regional do Trabalho, Adriane Reis de Araújo, que está à frente do caso.

3.2 DEBATES DIVERGENTES

3.2.1 Conduta ofensiva à saúde, à dignidade e ao meio ambiente dos trabalhadores

O MPT, seguindo uma linha de sobreposição do direito público sobre o privado, através do discurso da constitucionalização do direito civil, afirma ser a atividade sabidamente nociva à espécie humana, sendo a submissão de empregados ao painel sensorial uma conduta ofensiva à saúde e à vida dos trabalhadores.

A saúde do trabalhador, direito social de segunda dimensão, é resultante, entre outras, das condições do meio ambiente do trabalho, no qual está inserido e este direito à saúde exige uma intervenção ativa tanto do Estado quanto da sociedade de assegurar condições mínimas aos trabalhadores em geral.

O MPT afirma ainda que a atividade contraria as Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que tratam diretamente da saúde dos trabalhadores (Convenções 148, 155 e 161, todas ratificadas pelo Brasil). Essas convenções tratam da prevenção e limitação dos riscos profissionais no meio ambiente do trabalho, da política nacional para assegurar a segurança e a saúde do trabalhador e da saúde e segurança dos trabalhadores, porém com a regulamentação direcionada aos Serviços de Saúde no Trabalho.

Na ACP, o Ministério Público do Trabalho afirma que a inobservância por parte do empregador das normas que tratam da questão da segurança do trabalhador implica violação às disposições de ordem pública, constitucionais e internacionais, como já foi exposto e viola a empresa todo o arcabouço jurídico de proteção à saúde do trabalhador.

A saúde do trabalhador deve ser preservada e promovida por ações de prestações positivas por parte do Estado. O empregador deve construir e preservar um ambiente laboral imune às ações de agentes insalubres e perigosos à integridade física e psíquica do

trabalhador, juntamente com a efetiva redução dos riscos ocupacionais, através da adoção de medidas de saúde e segurança do trabalho.

A CLT preconiza em seus artigos a prevenção da fadiga, assim como outras disposições complementares que devem ser editadas pelo Ministério do Trabalho, a fim de prevenir acidentes e garantir a integridade física dos empregados no local de trabalho.

É dever do empregador promover a saúde e a prevenção de acidentes no ambiente laboral através de medidas de prevenção e segurança, com o intuito de minimizar os riscos existentes. E ao empregado cabe respeitar as normas de segurança e medicina do trabalho, sob pena de ser responsabilizado por desobediência.

Segundo Oliveira (2010, p. 429), “[...] percebe-se que, no Brasil, continua com pleno fôlego a solução de monetizar o risco ou desgaste a que está sujeito o trabalhador mediante o pagamento de adicional em condições insalubres, perigosas, danosas ou mero fornecimento de proteção individual”.

Portanto, as atividades laborativas consideradas insalubres, capazes de trazer prejuízos à saúde do trabalhador são remuneradas com um adicional incidente sobre o salário mínimo. Entretanto, algumas empresas se utilizam do pagamento desse adicional, permitindo um ambiente degradante com condições de trabalho insalubres, ao invés de combater na origem as causas da agressão à saúde e garantir a segurança do trabalhador. Ou seja, as empresas preferem assumir o risco ao invés de implementar medidas de controle, sob o argumento de que é pecuniariamente menos oneroso.

O MPT afirma também que a atividade de provador de cigarros viola ainda o conceito de trabalho digno, quando transforma o empregado em mero elemento da atividade econômica, submetendo-o a condições prejudiciais para sua integridade física, moral e psicológica. Ressalte-se, mais uma vez, que todo o ordenamento jurídico orienta-se no sentido de dirigir a atividade privada à concretização e efetivação da dignidade da pessoa humana, pedra de toque de todo o direito nacional, pois é fundamento da ordem constitucional.

A necessidade de um emprego para o sustento da própria família muitas vezes faz os trabalhadores se submeterem a qualquer tipo de emprego, muitas vezes em condições humilhantes que atacam sua saúde e sua integridade como um todo, ferindo até mesmo sua dignidade.

É importante salientar que, como princípio constitucional da República, a dignidade da pessoa humana abrange todos os ramos jurídicos, sobretudo o Direito do Trabalho, em todas

as fases contratuais de um contrato de emprego. Isso ocorre porque, se o trabalho é um direito fundamental, deve-se pautar na dignidade humana.

Sarlet (2009) afirma que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições para uma existência digna não forem asseguradas e onde a liberdade, a autonomia e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para o princípio da dignidade da pessoa humana.

Portanto, se o princípio da dignidade não for respeitado nas relações de trabalho, o trabalhador perde a sua verdadeira essência e se vende ao capital como se fosse uma mercadoria; e em um Estado Democrático de Direito, o valor do indivíduo não pode ser relativizado, e por este ponto de vista, pode-se afirmar que a contratação de empregados para exercer a atividade de provadores de cigarro é incompatível com a dignidade humana, pois provoca sérios danos à saúde.

Na sessão de julgamento dos Embargos interpostos pela Souza Cruz e pelo Ministério Público do Trabalho na SDI-I, no TST, o Ministro Alberto Bresciani votou nesse sentido:

O ingresso de trabalhador fumante no painel sensorial mediante recompensa desprestigia o direito à vida saudável da pessoa humana, em claro descompasso com o princípio da dignidade.

A experimentação de cigarros, além de provocar sérias consequências para a saúde física e mental dos trabalhadores participantes, prejudica, sobremaneira, o meio ambiente de trabalho.

Para dar fundamento legal aos seus argumentos, o ministro citou a Lei 9.294 de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas. O §4º do art. 220 da Constituição Federal, e seu artigo 2º preconizam que: “É proibido o uso de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, em recinto coletivo fechado, privado ou público”; e mencionou também as Convenções 148 e 155 da OIT, já discutidas anteriormente.

Uma das linhas de defesa da empresa é o fato de que o painel sensorial do fumo serve para o controle da qualidade de cigarros produzidos pela Souza Cruz, pois máquina nenhuma consegue diferenciar o teor e sabor das folhas do tabaco, havendo, dessa forma, necessidade de uniformização do gosto. Para o MPT, porém, há um incentivo ao vício, devendo a empresa buscar meios adequados para verificar a qualidade do produto, sem afetar a saúde do trabalhador. Em sentido oposto, o ministro Pedro Paulo Manus fundamentou seu voto favorável à empresa alegando o princípio isonômico:

“Apesar da discussão sobre os efeitos produzidos à saúde dos trabalhadores e dos consumidores de cigarro, e da louvável atuação do Ministério Público, a realidade é que a empresa desenvolve atividade lícita.”

“Não se pretende sobrepor o capitalismo à saúde do empregado, mas sim dar-se guarida ao princípio da isonomia, previsto na Constituição Federal, que também deve ser estendido à pessoa jurídica.”

“Não posso me furtar à condição da empresa: enquanto a atividade for lícita, ela gera empregos e, ainda que a Souza Cruz tenha praticamente o monopólio, ela não é única. Tem concorrentes, e a proibição apenas a ela fere o princípio isonômico.”

O ministro Alberto Bressiani vota de maneira contrária, pois, para ele, a empresa, sob o escopo de atingir seus interesses econômicos, opera em desfavor da dignidade da pessoa humana, como se observa em seu voto:

“A experimentação de cigarros, divorciada do princípio da dignidade da pessoa humana, desconstrói os argumentos da voluntariedade, da nocividade, da essencialidade da função, da comercialização e da uniformização dos produtos.”

O princípio da isonomia, também chamado de princípio da igualdade, é o maior dos princípios garantidores dos direitos individuais, é o pilar de sustentação de qualquer Estado Democrático de Direito e deve ser observado por todos os operadores do direito em qualquer segmento.

Nesse sentido, pode-se dizer que, de acordo com esse princípio, todas as empresas devem ser tratadas de igual forma, tanto em relação aos benefícios quanto aos sacrifícios e sanções.

Numa outra linha de argumentação demonstrada nos votos, pode-se fazer uma aproximação entre o conceito de qualidade de vida e dignidade da pessoa humana, pois o completo bem-estar físico, mental e social está relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que não se pode imaginar que condições de vida insalubres e inadequadas sejam aceitas como conteúdo de uma vida com dignidade.

Dessa forma, não pode o trabalhador dispor da sua própria saúde no ambiente laboral em prol do atingimento de metas e objetivos de uma empresa que visa ao lucro em detrimento da qualidade de vida de um empregado. Observa-se o entendimento dos ministros nos seguintes votos:

“A experimentação de cigarros, além de causar doenças físicas aos fumantes, prejudica o meio ambiente do trabalho.” (Ministro Alberto Bressiani)

“A preponderância do direito fundamental à saúde é tal, que, mesmo no âmbito administrativo, o artigo 161 da CLT aparelha o Estado com poder de polícia pertinente ao dizer que ‘O Delegado Regional do Trabalho, à vista do laudo técnico do serviço competente que demonstre grave e iminente risco para o trabalhador, poderá interditar estabelecimento, setor de serviço, máquina ou equipamento.’” (Ministro Augusto César)

“Os malefícios que a ingestão do tabaco causam não demandam prova de qualquer espécie, pois estaríamos de clara evidência de aspecto factual, cuja obviedade se encontra referida no texto constitucional, nos maços de cigarro, em todos os recantos de experiência humana.” (Ministro Augusto César)

Pode-se observar pelos votos desses ministros, numa clara alusão a preponderância do direito público sobre o privado, que deve preponderar o direito à saúde dos trabalhadores que exercem a atividade de provadores de cigarro, tendo em vista que a mesma, além de causar doenças aos que a desenvolvem, causa dano também ao meio ambiente de trabalho; e o próprio Estado seria competente para interditar um ambiente de trabalho que possa causar qualquer tipo de risco para o trabalhador.

Para o MPT, trata-se de uma atividade que traz uma onerosidade excessiva para o trabalhador, caracterizada pela lesão à sua saúde. Afirma que se refere à prestação criadora de um desequilíbrio contratual sem solução de reequilíbrio, posto que, como bem indisponível, a lesão à saúde não pode ser remunerada, por mais alto que seja o valor da prestação oferecida. Afirma ainda que foram violados valores coletivos que, por sua relevância social, foram elevados à categoria de direitos fundamentais de natureza constitucional, como o valor social do trabalho e da dignidade humana.

A sentença entendeu que restou provado nos autos que a doença desenvolvida pelo Autor é decorrente do hábito de tabagismo, o que, portanto, não deixaria dúvidas quanto ao nexo de causalidade decorrente da atividade desenvolvida pelo reclamante.

Nesse sentido é o entendimento do TST, conforme aresto ora transcrito, *in verbis*:

"PROVADORES DE CIGARRO. PROTEÇÃO À SAÚDE DO TRABALHADOR. ATIVIDADE LÍCITA DA RECLAMADA. Esta Justiça Laboral não pode ficar à mercê de situações em que se evidencia potencial agressão à incolumidade física do trabalhador, com doenças seriamente desencadeadas, como inúmeros tipos de câncer, enfisema pulmonar, doenças gástricas e quiçá, a morte prematura, dela decorrentes. Não obstante a relevância da atividade empresarial para a economia do País e para o Direito do Trabalho, não é possível aquiescer com que o capitalismo exacerbado se sobreponha à saúde de tais provadores. A sociedade clama do Poder Judiciário por uma prestação jurisdicional eficaz, principalmente quando se debatem atividades lesivas aos jurisdicionados. A decisão regional deve ser mantida, no sentido de obstar a utilização de empregados para a medição da qualidade dos cigarros produzidos, porquanto irremediavelmente lesiva a aludida atividade laboral. No confronto com o princípio da livre iniciativa privada, prepondera o direito fundamental à saúde." (Processo: RR - 120300-89.2003.5.01.0015 Data de Julgamento: 24/11/2010, Relator Ministro: Pedro Paulo Manus, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/12/2010.)

A Constituição Federal de 1988 dispõe em seu artigo 196 que: “A saúde é direito de todos e dever do Estado garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 1988).

No momento da admissão de um empregado para desenvolver qualquer que seja a atividade na empresa, o empregador deve cuidar do respeito a todos os direitos inerentes ao ser humano.

De acordo com o exposto, essa linha de argumentação defende que não é razoável que a empresa Souza Cruz mantenha em seu quadro de empregados os chamados “provadores de cigarro”, tendo em vista ser essa uma atividade que causa sérios danos à saúde. A empresa, mediante incentivo que consiste em acréscimo na remuneração, demonstra que ignora seu dever constitucional de reduzir os riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança, expondo a saúde de seus empregados a risco, sem se interessar se o trabalho é voluntário, ou não, e que fora do ambiente de trabalho esse trabalhador possa adotar hábitos de vida sabidamente maléficis, como o de já ser fumante, pois a atividade que ele exerce em benefício de uma empresa, sob o comando desta e em prol de seus lucros, submete-o assim às normas irrenunciáveis de proteção que o empregador deve propiciar.

Porém, observa-se que, diante dos altos índices de desemprego, muitas vezes o trabalhador se inibe de buscar melhorias em seu ambiente de trabalho, e prefere receber um adicional como incentivo ao seu salário, buscar a garantia de sua própria saúde.

3.2.2 Ofensa ao princípio da livre iniciativa e livre exercício da profissão

Na sessão de julgamento na SDI-I do TST, ficaram demonstrados os votos divergentes dos ministros presentes. A tese dos que defendiam a proibição total do Painel de Avaliação Sensorial se apoiava no argumento de que não é lícito ao trabalhador dispor de sua saúde. A tese dos que defendiam a permanência da atividade da empresa se fundamentava no argumento de que a atividade é lícita, e a proibição à mesma colocaria a empresa Souza Cruz em situação de desvantagem em relação às outras empresas do ramo, ferindo desta forma o princípio da isonomia.

Para a Souza Cruz, a proibição da atividade de provar cigarros, violou diversos dispositivos e princípios também constitucionais, entre eles o da livre iniciativa, o da separação dos Poderes, o do livre exercício profissional e do direito ao trabalho.

A Constituição Federal de 1988 assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo casos previstos em lei, e assegura também o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, desde que atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

O ministro Ives Gandra Martins Filho abriu a divergência que seria seguida pela maioria. Ele acolheu os argumentos da Souza Cruz de que a atividade, sendo lícita e regulamentada, não poderia ser proibida, e que o painel sensorial é essencial para a empresa realizar o controle de qualidade de sua produção, portanto a atividade não poderia ser desempenhada por máquinas. Destacou:

“Se se admite o fumo, não podemos impedir que essa atividade seja desenvolvida por um empregado voluntariamente, de forma limitada.” (Ministro Ives Gandra)

Para Ives Gandra e os demais que deram votos divergentes, a Constituição Federal equilibra as relações de força entre o público e o privado, protegendo este das intempéries avassaladoras do publicismo.

A tese dos que defendiam a proibição dessa atividade na empresa argumentava que o direito à saúde e à dignidade do trabalhador deveria prevalecer quando em conflito com o direito à livre iniciativa e ao livre exercício da profissão. O posicionamento dos ministros foi divergente nesse aspecto:

“A prática do tabagismo desconstrói o argumento do livre arbítrio, voluntariedade, pois na verdade trata-se de doença crônica motivada pelo consumo da nicotina, substância psicotrópica causadora de dependência física e química.” (Ministro Alberto Bresciani)

Para o MPT, não há qualquer medida capaz de atenuar a nocividade do produto experimentado; por mais normas que venham a ser aplicadas, jamais conseguiriam tirar a nocividade do cigarro, produto que é nocivo até mesmo para terceiros- os não-fumantes.

Segundo dados do Instituto Nacional do Câncer – INCA, a fumaça do cigarro é uma mistura de aproximadamente 4.700 substâncias tóxicas diferentes. A nicotina é considerada pela Organização Mundial de Saúde/OMS uma droga psicoativa que causa a dependência. A nicotina age no sistema nervoso central como a cocaína, com uma diferença: chega em torno de 9 segundos ao cérebro. Por isso, o tabagismo é classificado como doença e está inserido no Código Internacional de Doenças (CID-10), no grupo de transtornos mentais e de comportamento devido ao uso de substância psicoativa.

Houve votos que não consideravam haver um conflito entre esses dois direitos fundamentais:

“[...] a posição de não admitir a existência desse painel, a meu ver, não aniquila o princípio e o direito à livre iniciativa, apenas limita a possibilidade desse direito constitucional, fundamental também, ser exercido sem que se afete o outro direito fundamental, que é o da saúde dos trabalhadores. Portanto, essa decisão proposta pelo relator, a meu ver, com todas as vênias, não fere a livre iniciativa, não impede o exercício dessa atividade, que é lícita, apenas não permite que esse setor específico, que a nosso ver, acarreta riscos seríssimos à saúde dos trabalhadores, continue existindo.” (Ministro José Roberto Pimenta)

“O meu voto não leva em consideração a questão da livre iniciativa, não entende ferida e nem leva em consideração a questão do livre exercício da profissão. [...]”
(Ministro Luiz Philippe de Melo Filho)

Ao tratar deste assunto, Silva (2005), explana que a liberdade de escolha de trabalho, de ofício e de profissão, deve estar de acordo com as propensões de cada pessoa, conferindo a estas a liberdade de exercer o que fora escolhido, no sentido apenas de que o Poder Público não pode constranger a escolher e a exercer outra. Porém, o autor ainda destaca que a liberdade reconhecida não se verifica em relação à maioria das pessoas, que não têm condições de escolher o trabalho, o ofício ou a profissão, sendo obrigadas a fazer o que nem sempre lhes apetece, sob pena de não ter o que comer.

Alguns votos no sentido de se manter a atividade na empresa, sob o argumento de que a proibição apenas para a Souza Cruz a colocaria em situação de desvantagem em relação às outras empresas do ramo, apoia-se no direito à livre concorrência de mercado, que decorre da manifestação da liberdade de iniciativa de atuação no mercado econômico. A livre concorrência é a garantia da livre iniciativa, de modo que se não houver livre concorrência, fatalmente não haverá a liberdade de iniciativa.

Dessa forma, ressalvadas as razões de ordem pública que reservam ao Estado a iniciativa econômica e o controle do exercício de certas atividades, há de ser assegurado a todo indivíduo o direito de livremente iniciar a atividade econômica que lhe convier.

3.2.3 Colisão entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito ao livre exercício da profissão

A “nova hermenêutica” preceitua que ao analisar um caso concreto, deve-se primeiro avaliar se há, realmente, um conflito entre princípios fundamentais, para que possam ser tomadas as providências no sentido de resolver essa situação da melhor maneira possível, buscando preservar ao máximo os direitos envolvidos, levando em consideração o peso e a importância de ambos os princípios.

Percebe-se que partem de uma premissa dicotômica e não integradora do direito. Nesse caso concreto, alguns ministros demonstram claramente em seus votos haver uma colisão entre o direito público e o direito privado, que se perfaz por intermédio dos princípios fundamentais garantidos constitucionalmente:

“Como já salientado aqui, trata-se de discussão bastante complexa, que envolve o direito assegurado na Constituição federal fundamental à saúde e ao meio ambiente de trabalho saudável, direito esses do cidadão e não apenas dos trabalhadores, e do outro lado o direito econômico da livre iniciativa, também assegurado na Constituição.” (Ministra Delaíde Miranda)

“Aqui se trata de um exercício de ponderação para solucionar um conflito entre valores e princípios constitucionais em contraste, em choque. Essencialmente de um lado, o valor fundamental à saúde do trabalhador, que só por ser trabalhador não deixa de ter os direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal a todos em geral, o direito fundamental à saúde e o direito específico ao meio ambiente de trabalho igualmente livre de poluição ou de agressões à sua saúde. De outro lado, igualmente respeitável, que deve também ser preservado e aplicado, o direito à livre iniciativa, que é assegurado constitucionalmente, pois trata-se de uma atividade empresarial que a lei brasileira não reputa como ilícita.” (Ministro José Roberto Pimenta)

No sentido de resolver tal dicotomia, a técnica utilizada no caso de uma colisão entre princípios fundamentais no caso concreto deverá ser a de ponderação, prevista no princípio da proporcionalidade.

Pode-se observar o voto do Ministro José Roberto Pimenta nesse sentido:

“Quando se trata do exercício de ponderação desses valores e princípios constitucionais em contraste, é necessário encontrar uma solução que não leve à aniquilação de qualquer um deles, se possível, evidentemente. Haverá casos em que será necessário, diante das circunstâncias, no caso concreto, o intérprete, o hermenêuta, o juiz, optar pela prevalência, naquele caso concreto, de um desses princípios. Mas isso só em casos absolutamente extremos, e não me parece que esse seja o caso. É possível, sim, proferir-se uma decisão que preserve de um lado o direito fundamental à saúde, em geral e do trabalhador, e ao meio ambiente de trabalho saudável, e de outro lado, preservando o núcleo essencial do direito ou do princípio da livre iniciativa ou do livre exercício da atividade empresarial.” (Ministro José Roberto Pimenta)

Esquecem, entretanto, o sentido integrador do Direito e opção constitucional no equilíbrio de forças, por intermédio de uma ressignificação do direito privado, à luz da Constituição de 1988.

Desta maneira, observa-se que por meio desse novo olhar da Constituição, a resolução de conflitos entre princípios constitucionais, deve buscar uma solução de resultado satisfatório, através do equilíbrio e harmonia dos valores em questão que se verificará nos votos intermediários e alternativos.

3.2.4 Votos intermediários e alternativos

Neste sentido, alguns ministros se posicionaram no sentido de não haver uma colisão entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da livre iniciativa e ao livre exercício da profissão, um alegando a questão da autonomia do trabalhador para escolher a profissão que lhe convém e outro alegando que o Judiciário não teria competência para deliberar sobre a proibição da referida atividade de provador de cigarros. Verifica-se:

“Meu voto leva em consideração a questão da autonomia como núcleo central do princípio da dignidade, e por isso mesmo, o direito de cada pessoa como ser moral e pessoa física, de buscar aquilo que entende melhor para sua vida, desde que seja um convencimento espontâneo, mas com reconhecido fundamento no livre arbítrio. Esse para mim é o núcleo essencial da dignidade. [...] Não vejo também ameaça ao

meio ambiente de trabalho, e sim a questão tão somente do comprometimento da saúde do trabalhador, e ,a autonomia na escolha do seu destino.” (Ministro Vieira de Mello)

Desta forma, Nascimento (2009, p.385) afirma que o princípio da autonomia da vontade:

presente também nas relações de trabalho, na esfera das relações individuais de trabalho, com interferências mais amplas da lei, o que explica a maior normatividade do direito do trabalho, uma vez que não é negado o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica, quer pela vontade unilateral, quer pelo concurso de vontades.

De acordo com esse entendimento, é livre a estipulação das condições de trabalho desde que não contrarie a ordem pública, numa clara compreensão da Constituição e de seus preceitos integradores.

Resta demonstrado, portanto, que o direito que a CF/88 assegura à livre iniciativa tem como objetivo garantir a todos uma existência digna, alcançada por meio do respeito aos direitos fundamentais, dentre os quais o direito ao meio ambiente saudável, abrangendo assim o ambiente de trabalho, evitando, na medida do possível, o ambiente insalubre; igualando as relações público-privadas

O ministro Augusto César se posicionou no sentido de que, mesmo que a atividade provoque um efetivo dano à saúde do trabalhador, ele deveria tomar as devidas providências juntamente com o empregador. Aqui, portanto, se configura uma hipótese de autotutela. Destaca-se nesse aspecto:

“[...] a interrupção do trabalho que expõe o empregado a agente nocivo à sua saúde, apresenta-se como hipótese de auto-tutela, pois dispõe o item 9.6.3 da NR 9, que trata do PPRA: “o empregador deverá garantir que, na ocorrência de riscos ambientais nos locais de trabalho que coloquem em situação de grave e iminente risco um ou mais trabalhadores, os mesmos possam interromper de imediato as suas atividades, comunicando o fato ao superior hierárquico direto para as devidas providências.” (Ministro Augusto César)

A NR nº.9 trata de um Programa de Prevenção de Riscos Ambientais (PPRA) que visa à preservação e à integridade dos trabalhadores, através da antecipação, reconhecimento, avaliação e consequente controle da ocorrência de riscos ambientais existentes ou que venham a existir no ambiente de trabalho, tendo em consideração a proteção do meio ambiente e dos recursos naturais. O item 9.6.3 assim dispõe:

9.6.3 O empregador deverá garantir que, na ocorrência de riscos ambientais nos locais de trabalho que coloquem em situação de grave e iminente risco um ou mais trabalhadores, os mesmos possam interromper de imediato as suas atividades, comunicando o fato ao superior hierárquico direto para as devidas providências.

Portanto, na visão do nobre ministro e de acordo com a legislação acima citada, o próprio trabalhador teria a atribuição de interromper imediatamente suas atividades na

empresa em caso de riscos ambientais no local de trabalho, comunicando o empregador para tomar as devidas providências, por não ter o Judiciário competência para decretar a proibição de tal atividade.

Alguns ministros destacaram em seus votos a questão da separação de poderes, pois, na visão deles, a Justiça do Trabalho não seria competente para vedar ou deliberar sobre a proibição da atividade de provador de cigarros, como se pode comprovar:

“A justiça do trabalho não poderia vedar o exercício de função laboral alguma, onde caberia apenas monetizar o dano à saúde do trabalhador que experimenta cigarros, ou se expõe a algum agente insalubre, garantindo-lhe, então, o direito ao adicional de insalubridade.” (Ministro Augusto César)

“Não vejo que a questão se coloca deva ser examinada a partir dessas enormes considerações constitucionais, que atropelam no fim, a cláusula pétreia da Constituição. Quem é que detém a atribuição para deliberar sobre a proibição do trabalho? Não é, naturalmente, o Poder Judiciário. A atividade da empresa é lícita? Sim, é lícita. Quando se falou da edição de propagandas, do regramento da propaganda do fumo e do cigarro, quando se disse da proibição do fumo em lugares fechados, a quem estávamos reportando? À lei em sentido estrito. Não me consta que algum tribunal tivesse, antes que a lei fosse editada, se aventurado a proibir o fumo em lugares fechados. [...] Penso que o neoconstitucionalismo não pode chegar a tanto, porque abre-se um precedente para doravante o Congresso ser um apêndice do Judiciário. E o Congresso brasileiro já vem se manifestando seguidamente contra as intervenções do Judiciário.” (Ministro Barros Levenhagen)

“[...] e aqui, queiramos ou não, ponderemos ou não, o fato é que estaríamos exercendo uma atividade legislativa positiva, o que sabidamente, não é admitido. [...] se o direito origina-se do fato, como é possível que os fatos se imponham de qualquer maneira sem que nós tenhamos algum regramento que o deve ter aquele que o constituinte identificou que devesse exercer esse regramento, que é o Poder Legislativo. Penso que essa matéria deve ser objeto de projeto de lei no Congresso Nacional, e enquanto não o for, não cabe ao Poder Judiciário em decisão, numa Ação Civil Pública, proibir essa atividade a pretexto dos malefícios do fumo, porque então deveríamos declarar inconstitucional todo o trabalho autorizado, em condições insalubres gravíssimas, em condições perigosas gravíssimas, em que o legislador autorizou e monetarizou; situação com a qual eu não concordo.” (Ministro Barros Levenhagen)

Nessa perspectiva, ao avaliar-se o caso em questão, deve-se levar em consideração se a intervenção do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais, em especial à proteção da dignidade da pessoa humana, que abrange o direito à saúde realmente estaria ferindo o Princípio da Separação de Poderes, ou se o Judiciário realmente não teria atribuição legal para decretar a proibição de uma atividade laborativa.

O ministro Vieira de Mello apresentou voto alternativo, no sentido de fixar condições para o exercício da atividade: os provadores trabalhariam no painel sensorial por seis meses, com uma semana de intervalo a cada três semanas. Ao fim de seis meses, ficariam afastados durante três, podendo optar por retornar ou não à atividade. O acordo, no entanto, foi negado pela Procuradoria do Trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, pode-se concluir que se trata de matéria de extrema complexidade, por envolver conflitos entre diversos valores e exigir a resolução que se fizesse um juízo de valor entre os princípios envolvidos através da colisão dicotômica entre direito público e privado.

A Constituição tem como função primordial a preservação de direitos fundamentais através do equilíbrio, no caso concreto, das relações entre público e privado. Uma vez que, inexistente regra legislativa específica para resolver determinado conflito entre princípios fundamentais surgidos em um caso concreto, o Poder Judiciário não poderá eximir-se de julgar e resolver o conflito, devendo utilizar, dessa forma, o método de interpretação de forma integradora e não conflituosa.

No caso em tela, demonstra-se, claramente, que a discussão a respeito do conflito entre direitos fundamentais dividiu a opinião dos ministros presentes na Seção de Dissídios Individuais I, já que esse tribunal se posicionou no sentido de que a atividade de provadores de cigarros, por ser lícita e essencial para a empresa fazer o controle de qualidade de sua produção, não deve ser proibida, pois a proibição, imposta somente a ela e não às empresas concorrentes, afetaria sua posição no mercado, portanto, feriria diversos princípios constitucionais, entre eles o da livre iniciativa, o da separação de Poderes e o do livre exercício profissional; confirmando, que os julgadores brasileiros ainda percebem uma relação dicotômica entre o direito público e o privado.

Para o Ministério Público e os ministros que votaram a favor da extinção da atividade na empresa, o principal assunto a ser considerado não seria relativo ao econômico, e sim à saúde do trabalhador, que deveria prevalecer sobre qualquer interesse econômico da empresa, pois, mesmo uma atividade considerada como lícita pode conter etapas ilícitas, como é o caso em questão. O MPT ponderou ainda que atividades consideradas bem mais nobres, como pesquisas médicas, têm regramentos próprios e rigorosos, e os benefícios que trazem para a humanidade não podem violar a condição individual humana das “cobaias”. Desta forma, não é razoável que no caso dos provadores de cigarro, a empresa seja livre para proceder como quiser, alegando a liberdade de trabalho e a iniciativa privada.

Para a empresa Souza Cruz e os ministros que votaram contra a proibição da atividade na empresa, a justificativa foi que não se pretende sobrepor o capitalismo à saúde do

empregado, mas sim o respeito ao princípio da isonomia que também deve ser estendido à pessoa jurídica, pois, sendo a atividade lícita, não poderia o Judiciário violar o princípio da livre iniciativa e do livre exercício profissional, previstos na Constituição Federal. Em sua defesa, a Souza Cruz afirmou ainda que a avaliação de cigarros, técnica utilizada internacionalmente, é essencial para garantir a uniformidade do produto; que a legislação brasileira não opta pela proibição quando há risco na atividade, opta pelo acréscimo remuneratório, que há atualmente atividades com um maior grau de risco no mercado e que nunca se cogitou proibi-las.

A Souza Cruz ainda alegou que os participantes do chamado “Painel sensorial” já eram fumantes antes de ingressar na atividade, que a participação dos mesmos é voluntária, portanto, a indisponibilidade do direito à saúde/ integridade física não é absoluta. A corrente contrária a esse entendimento argumentou que ao empregado não é dado optar por trabalhar em condições sabidamente nocivas a sua saúde, pois o empregador não pode se eximir do dever constitucional já invocado de reduzir os riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

Dessa forma, vale ressaltar diante do caso explanado que os magistrados devem ter bastante cautela no julgamento de um conflito entre direitos fundamentais, e devem, para isso, utilizar a Constituição como instrumento conciliador de interesses público e privado, para que não venham a cometer injustiça no âmbito do caso concreto.

No julgamento em questão, pode-se observar por meio da jurisprudência, que o TST demonstrou se posicionar no sentido de dar preponderância ao princípio da livre iniciativa e ao direito do livre exercício da profissão, levando em consideração que, tal como a atividade dos provadores de cigarro, 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 aplicação de agrotóxicos, dentre outras; portanto, se duas atividades laborais são equivalentes, não é legítimo que o Poder Judiciário proíba uma e permita outra, a menos que haja algum critério aceitável de distinção. Foi considerado também durante a sessão de julgamento, a autonomia decisória do trabalhador, elemento associado ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Pode-se afirmar, portanto, que o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo inerente a todo trabalhador, deve estar presente em toda etapa de relação de trabalho. Ele tem uma incidência em várias dimensões, que podem ser observadas tanto na linha da proteção à

saúde do trabalhador, quanto na linha da autonomia da livre escolha de uma profissão, pois, por essa última linha de argumentação, o poder público não deve interferir na decisão pessoal da escolha da profissão, sob pena de estar ferindo a autonomia do trabalhador.

O princípio da dignidade da pessoa humana tem efeito integrador e conciliatório no sentido de solucionar a falsa dicotomia público-privada. Talvez não por acaso, a dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III) venha seguida do fundamento constitucional que faz alusão direta a este equilíbrio, ou seja, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (Art. 1º, IV)

Prevaleceu, desta forma, o entendimento de que cabe aos trabalhadores a eleição dos seus objetivos e planos de vida, que devem ser respeitados, desde que não violem o direito de terceiros. E cabe ao Estado o papel de auxiliar na criação de condições necessárias para que cada um realize livremente as suas escolhas, dando o suporte necessário para que o trabalhador realize suas atividades de modo que não lhe traga prejuízos. O Estado deve, portanto, respeitar as escolhas individuais e a autonomia privada, condição necessária para se alcançar a dignidade da pessoa humana.

Para chegar a essa conclusão, o TST equilibrou as tensões entre o público e o privado, através dos votos divergentes, a fim de solucionar os conflitos entre os direitos fundamentais debatidos. O tribunal decidiu dando maior efetividade à liberdade de escolha da profissão e ao princípio da livre iniciativa. Entretanto, por ser um caso bastante complexo, o Ministério Público já se manifestou no sentido de recorrer ao Supremo Tribunal Federal, órgão adequado para definir o alcance do texto constitucional, tendo em vista que para a procuradora regional do trabalho, a decisão do TST violou princípios constitucionais e tratados internacionais de vital importância para os trabalhadores.

Portanto, cabe ao Judiciário adotar a postura de equilibrar, em razão da Constituição, as tensões entre o direito público e o privado e no caso concreto decidir, de modo a resultar numa escolha compensada, que busque o benefício dos próprios trabalhadores, os quais devem ser priorizados e respeitados. Dessa forma, será alcançada uma solução justa e adequada ao caso concreto.

Por fim, destaca-se que em razão dos princípios do Estado Democrático brasileiro, a Constituição Federal brasileira impõe uma leitura aberta e plural que corporifique os valores

dos artigos 1º e 3º e garanta uma unidade axiológica, com a finalidade de integrar os aspectos públicos e privados.

REFERÊNCIAS

AÑON, María José. *Derechos fundamentales y Estado constitucional. Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fedrique Farió*. Ceriol n. 40. Valencia, 2002.

ARENDT, H. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do estado e ciência política*. 5. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado, 1998.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, v.3, p.473 et seq., maio 1999.

DAMATTA, Roberto. *O que faz o brasil, Brasil?*, Ed. Rocco Ltda. , RJ, 2001.

_____. *A Casa & A Rua – Espaço, Cidadania, Mulher e Morte no Brasil*. Ed. Rocco Ltda, RJ, 2000. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Cívitas, 1980.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Constituição Brasileira e modelo de Estado: hibridismo ideológico e condicionantes históricas*. Cadernos de Direito constitucional e Ciências Políticas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. V. 17.

HABERMAS, Jurgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Trad. Flávio R. Kotche. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 1998.

OLIVEIRA, Christiana D'arc Damasceno. *(O) direito do trabalho contemporâneo: efetividade dos direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana no mundo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

PADILHA, Norma Sueli. *Do meio ambiente de trabalho equilibrado*. São Paulo: LTr, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos humanos*. In: Pensar. Fortaleza. Abr 2007. Edição Especial.

SCHNEIDER, Hans Peter. *Democracia y constitucion*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.