

## EXEGESE DO DECRETO-LEI N. 389/68

J. F. Câmara Rufino

Juiz do trabalho

Professor de Direito do Trabalho

A intocabilidade do Dec.-lei 386/68 chegou a constituir tabu na jurisprudência dos pretórios trabalhistas, até ser declarada a inconstitucionalidade do seu art. 4.º pela Resolução n. 45/72 do Senado Federal. A partir desse momento houve um encorajamento para a análise das suas disposições, o que não deixou de ensejar o cautelar Prejulgado TST n. 41/73, proclamando a constitucionalidade do art. 3.º, que dispõe sobre exigibilidade dos efeitos pecuniários da verificação judicial de insalubridade e periculosidade a partir da data do ajuizamento da ação.

A afirmação do Prejulgado 41/73 efetivamente é correta, circunscrita, porém, a uma exegese consentânea com os princípios informadores do Direito do Trabalho e com os fins sociais a que se destinam suas normas, incompatíveis com qualquer forma de interpretação suscetível de gerar sua ineficácia ou inoperância.

Sob esse prisma, o que se há de entender é que o citado Dec.-lei n. 389 não derogou disposições consolidadas que atribuem competência ao Ministério do Trabalho para constatar e enquadrar as atividades insalubres e perigosas, mediante inspeção dos locais de trabalho e revisão periódica dos respectivos quadros. Criou ele, sim, uma nova condição para exigibilidade dos adicionais de lei previstos para o exercício de atividades dessa natureza, que é a verificação judicial da insalubridade ou periculosidade, **quando não existente** o seu prévio enquadramento administrativo ou legal.

Há, presentemente, assim, dois pressupostos alternativos constitutivos do direito aos adicionais de insalubridade e periculosidade: ou a verificação e enquadramento administrativos, procedidos pelo Ministério do Trabalho por intermédio do setor competente, hipótese em que os adicionais serão devidos até dois anos antes da proposição da ação, segundo o que preceitua o art. 11 da CLT, ou a verificação e enquadramento judicial da atividade como insalubre ou perigosa, inexistindo enquadramento legal ou administrativo, e só neste caso

é que a ação é constitutiva do direito porque desconhecida pelo empregador e pelo empregado a natureza perniciosa da atividade até a declaração judicial.

É preciso atentar para o que prescreve o art. 1.º do Dec.-lei n. 389, quando prevê uma situação — da argüição em juízo de insalubridade ou periculosidade de atividades ou operações ligadas à execução do trabalho —, e quando prescreve uma conduta — para que se proceda à perícia técnica —, pois não se diz, aí, que na hipótese de ser alegada a prestação de trabalho em condições de insalubridade ou periculosidade —, o que faria pressupor prévio conhecimento de sua existência —, deve proceder-se à perícia, mas sim, que sendo argüida em juízo a existência, obviamente antes não conhecida, de uma ou outra condição perniciosa de trabalho, deve ser observada uma certa conduta. Mais ainda é preciso ter em consideração que: o preceito também declara os fins para os quais esta conduta deve ser observada, e são os do art. 209 da Consolidação das Leis do Trabalho e do art. 2.º da Lei n. 2.573/55, isto é, para fins que só podem ser os da inclusão entre as atividades insalubres ou perigosas daquela argüida como tal em juízo.

O entendimento contrário tornaria inócua não somente a atuação precedente do Ministério do Trabalho, como até as disposições normativas que já declaram certas atividades como sendo insalubres ou perigosas. E mais, transferiria riscos da atividade econômica, suportáveis pela empresa nos termos das disposições do art. 2.º da CLT, para os seus trabalhadores, permitindo àquela uma cômoda e rentável omissão, pois, organizando-se para exercer atividade total ou parcialmente insalubre ou perigosa, e sendo de seu conhecimento essa circunstância diante do prévio enquadramento já sancionado pelo poder público competente, deixaria de diligenciar para a eliminação ou redução da insalubridade ou periculosidade e de pagar os adicionais de lei, **enriquecendo-se ilicitamente**, até o exercício judicial da pretensão pelos seus empregados; e, nesta hipótese, ainda podendo continuar imune aos efeitos da lei, bastando para tanto usar do arbítrio para a dissolução dos contratos de trabalho dos pleiteantes, o que hoje é fácil ou porque o empregado é optante pelo FGTS e os encargos da despedida sem justa causa são suaves, ou porque a empresa dispõe de um fundo de indenização representado pela conta não optante do empregado despedido.

Vetusto preceito de hermenêutica recomenda que a lei não pode ser interpretada de modo a ensejar condutas contrárias aos fins sociais a que se destina, e a única exegese que o decreto-lei admite, para não gerar essas condutas, é aquela que lhe restringe a eficácia às hipóteses de inexistência de prévio enquadramento de atividades ou operações ligadas à execução do trabalho como insalubres ou perigosas, e só nestas hipóteses ter efeito constitutivo de direito a ação do trabalhador.