

FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA

VICTOR CARVALHO ROCINSKI

**A FALTA DE REGULAMENTAÇÃO DO
ADICIONAL DE PENOSIDADE E O PRINCÍPIO DA
PROTEÇÃO DO TRABALHADOR**

BACHARELADO EM DIREITO

MG

2018

FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA

VICTOR CARVALHO ROCINSKI

**A FALTA DE REGULAMENTAÇÃO DO
ADICIONAL DE PENOSIDADE E O PRINCÍPIO DA
PROTEÇÃO DO TRABALHADOR**

Monografia apresentado à banca examinadora da faculdade de direito das Faculdades DOCTUM de Caratinga, como exigência parcial para obtenção de grau de Bacharel em Direito. Sob a orientação do professor Frederico Fernandes Dutra.

CARATINGA

2018

TERMO DE APROVAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso intitulado A falta de regulamentação do adicional de ênosidade e o princípio da proteção do trabalhador, elaborado Victor Carvalho Rocinski foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito da FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

Caratinga de _____ 20__

Frederico F. Dutra

Prof. Frederico Fernandes Dutra

Rodolfo de Assis Ferreira

Prof. Rodolfo de Assis Ferreira

Pedro Henrique Tiola

Prof. Pedro Henrique Tiola

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que caminharam comigo nessa etapa.

Agradeço ao professor Juliano Seppe, em especial ao professor orientador Frederico Fernandes Dutra, pela paciência e grande ajuda.

RESUMO

Para o direito do trabalho, o trabalhador é a peça fundamental de proteção, diante do reconhecimento que na relação trabalhista é a parte mais vulnerável, ou hipossuficiente. Desse modo, o princípio da proteção do trabalhador revela-se de grande valia não somente para o amparo do empregado de forma isolada, mas, também da relação trabalhista. Quando o trabalho se realiza em condições perigosas é devido o adicional de penosidade garantido pelo legislador constitucional no texto da Constituição Federal, artigo 7º, XXIII, o qual dispõe sobre o adicional de penosidade e a necessidade de norma para sua regulamentação, criando então uma norma de caráter programático, ou seja, aquela que almeja legislação complementar para dar-lhe eficácia devida. Acontece que até a presente data não houve a criação dessa lei complementar, deixando os trabalhadores que fazem jus ao adicional de penosidade a mercê de entendimentos diferentes e aos cuidados de sindicatos que buscam ou não a regulamentação para determinadas categorias de classe. Assim, mostra-se de suma importância a criação de uma legislação no sentido de realizar essa regulamentação e efetivar o contido no princípio da proteção ao trabalhador

Palavras chave: Princípio da proteção; adicional de penosidade; normas de caráter programático.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	10
CAPÍTULO I ADICIONAIS E SALÁRIOS	14
1.1 Dos Salários e adicionais.....	14
1.2 Adicionais do Direito do Trabalho	17
1.2.1 Adicional de periculosidade	17
1.2.2 Adicional de insalubridade	20
1.2.3 Adicional Noturno	22
1.3 Adicional de penosidade.....	23
Não há como negar a existência da penosidade em determinadas atividades quando se tem fator gerador de desconforto físico ou psicológico, superior ao decorrente do trabalho normal	26
CAPÍTULO II- GARANTIAS CONSTITUCIONAIS AO TRABALHADOR	27
2.1 Direito de igualdade.....	27
2.2 Mandado de injunção	32
CAPÍTULO III: A FALTA DE PREVISÃO LEGAL DO ADICIONAL DE PENOSIDADE E SUAS CONSEQUÊNCIAS NA VIDA DO TRABALHADOR	36
3.1 Do adicional de penosidade e a falta de previsão legal.....	36
3.2 Da aplicabilidade do adicional de penosidade no ordenamento jurídico brasileiro	39
CONSIDERAÇÕES FINAIS	44
REFERÊNCIAS	46

INTRODUÇÃO

Tem-se como objetivo geral da monografia analisar a falta de regulamentação do adicional de penosidade no ordenamento jurídico e suas implicações na vida dos trabalhadores que trabalham nessas condições.

Diante do contido no artigo 7º, XXIII da Constituição da República, no que diz respeito a necessidade de regulamentação do adicional de penosidade, é possível dizer que a falta dessa normatização, fere o princípio da proteção ao trabalhador?

sim, deve haver o quanto antes a regulamentação do adicional de penosidade em nosso ordenamento jurídico, não somente para dar proteção ao trabalhador, mas, de igual forma realizar aquilo que o legislador constitucional determinou no artigo 7º, XXIII da Constituição da República. Diante disso, o trabalhador terá a segurança devida, quando o trabalho se der em condições penosas que seus direitos estão sendo respeitados e dando a ele a segurança pretendida pelo princípio da proteção.

Tem-se como marco teórico da presente pesquisa as ideias da jurisprudência do Tribunal Regional de Trabalho da 2ª Região:

FUNDAÇÃO ZOOBOTÂNICA DO RIO GRANDE DO SUL.ADICIONAL DE PENOSIDADE. BASE DE CÁLCULO. O adicional de penosidade está previsto no inciso XXIII do art. 7º da CF como direito fundamental dos trabalhadores urbanos e rurais, na mesma forma que os adicionais de insalubridade e periculosidade, no entanto, dependente de regulamentação em lei. A CLT, por sua vez, trata apenas das atividades insalubres ou perigosas (artigos 189 a 197). Como se observa, não existe uma legislação sobre a parcela. Via de regra, a parcela somente é devida aos trabalhadores que possuam norma coletiva prevendo o seu pagamento. Ocorre que, a partir da análise dos instrumentos normativos apresentados, não se observa tenha sido disciplinado que o adicional de penosidade. Sendo assim e considerando o princípio da legalidade administrativa, deve ser mantido o entendimento de que é devido o adicional de penosidade tendo por base de cálculo o Salário Base Recurso da parte autora a que se nega provimento.¹

A pesquisa ora apresentada justifica-se pela necessidade de maior estudo do tema proposto visto que está voltada para os trabalhadores, classe amparada por

¹ BRASIL, TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO 2ª REGIÃO. nº 0020190-69.2015.5.04.0018 (RO) **Data:** 19/10/2017 **Órgão julgador:** 8ª Turma **Redator:** Francisco Rossal De Araújo. Acesso em 10/04/2018

todo ordenamento jurídico, ganhando ressalva na Constituição Federal ao qual possui artigos voltados ao amparo desses.

Com o objetivo de analisar a falta de regulamentação do adicional de penosidade no ordenamento jurídico e suas implicações na vida dos trabalhadores e a consagração da insegurança jurídica diante disso, diversos são os ganhos apresentados considerando que toda a sociedade será beneficiada com o conhecimento de um conteúdo controverso e que atinge a vários trabalhadores que ficam a mercê de julgadores sobre o adicional de penosidade.

A legislação, doutrina e jurisprudências existem para dar ao indivíduo a segurança jurídica que lhe é prometida. Ocorre que no caso do adicional de penosidade a insegurança é fática, já que para cada caso o entendimento é diferenciado exatamente devido à inexistência de regulamentação.

Os ganhos são irrefutáveis para o mundo jurídico, que através de pesquisas podem auxiliar e chamar a atenção dos legisladores nesse sentido, dando aos trabalhadores a segurança necessária.

Para a vida profissional os ganhos também se revelam, pois no momento em que deparar com casos em que o adicional de penosidade estiver presente será facilitado o trabalho.

O presente trabalho é considerado como uma pesquisa descritiva já que está embasada em pesquisas bibliográficas, sendo revestida de caráter teórico dogmática. Da qual pretende-se trazer à baila o que diz a doutrina e jurisprudências sobre a falta de regulamentação do adicional de penosidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Utilizar-se-á uma gama de considerações favoráveis e contrárias ao nosso entendimento que farão com que a pesquisa se justifique

Serão também utilizados para uma completa composição deste trabalho, além da opinião dos doutrinadores, artigos, estudos e debates encontrados em sites da Internet que oferecem um grande leque de opções para fundamentar a presente pesquisa por tratarem de várias opiniões a respeito.

Trata-se de pesquisa também de natureza transdisciplinar, considerando o uso de diferentes ramos do Direito, tais como o Direito Constitucional e o Direito do Trabalho.

A monografia será confeccionada em três capítulos distintos: capítulo I será dedicado as considerações sobre os adicionais em si como o de periculosidade,

insalubridade e penosidade enquanto o Capítulo II será totalmente voltado para as considerações para as a garantias constitucionais do artigo 70 CF/88 e o mandado de injunção;

Finalizando o terceiro e último capítulo versará especificamente sobre a falta de regulamentação do adicional de penosidade e suas consequências no que se refere a segurança jurídica, com vasta pesquisa doutrinaria e análise jurisprudencial.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Deve-se ressaltar que o direito do trabalhador é resguardado a todos os cidadãos do país, o qual vai além de simples direito se traduzindo em obrigatoriedade ao Estado, pois trata-se de um direito garantido na Constituição Federal em seu artigo 7º, XXIII.

Observa-se que mesmo com a previsão constitucional não há ainda nos dias atuais qualquer legislação que o defina, apenas os contemplados em Convenção Coletiva de Trabalho, tratando com desigualdade os trabalhadores.

Mesmo existindo alteração legislativa como ocorreu recentemente, a Lei n. 12.740/2012 acrescentou ao artigo 193 da CLT como atividades perigosas aquelas que envolvam roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial. Dessa forma, tem-se que as atividades insalubres e perigosas são aquelas que envolvem gradual ou abruptamente riscos à saúde física dos trabalhadores, não há previsão de como deve se dar o pagamento, qual a base de cálculo, dentre outras prerrogativas importantes ao trabalhador. A CLT apenas menciona quais são as atividades penosas, tornado assim, uma norma de caráter programático.

Num primeiro momento cumpre-nos destacar o que são as normas programáticas. Nesse intento José Afonso da Silva aduz que:

As normas programáticas são as disposições que indicam os fins sociais a serem atingidos pelo Estado com a melhoria das condições econômicas, sociais e políticas da população, tendo em vista a concretização e cumprimento dos objetivos fundamentais previstos na Constituição. São normas vagas, de grande densidade semântica, mas com baixa efetividade social e jurídica, não gerando em sentido estrito direitos subjetivos públicos para a população.²

Igualmente Uadi Lammego Bulos vem trazendo a caracterização das normas programáticas:

Em vez de regular desde o dia em que nascem, certos assuntos, apenas transferem para o legislador tal encargo, estipulando o que ele poderá ou não fazer. Também conhecidas como normas programáticas, diretórias ou

² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed., São Paulo: Malheiros, 2013. p. 146.

diretivas, cingem-se a enunciar as linhas diretoras que devem ser perseguidas pelo Poder Público.³

O direito ao adicional de penosidade faz parte do rol das normas programáticas, já que dependem de normatização do legislador infraconstitucional o encargo de criá-las.

O adicional de penosidade vai ao encontro do contido no princípio da proteção ao trabalhador.

Assim, ganha relevância o princípio da proteção ao trabalhador que como o próprio nome diz tem o condão de dar ao trabalhador todas as condições para trabalhar em segurança, bem como ter acesso à justiça sendo reconhecido como a parte hipossuficiente

O princípio da proteção é definido por Renato Saraiva da seguinte forma:

O princípio da proteção, é sem dúvidas o de maior amplitude e importância no Direito do Trabalho, consiste em conferir ao polo mais fraco da relação laboral – o empregado- uma superioridade jurídica capaz de lhe garantir mecanismos destinados a tutelar os direitos mínimos estampados na legislação laboral vigente⁴

Para Sergio Pinto Martins o princípio da proteção tem outros três desmembramentos: *in dubio pro operário*, aplicação da norma mais favorável ao trabalhador; o da aplicação da condição mais benéfica ao trabalhador.⁵

Portanto, nessa linha de raciocínio permite-se a inclusão do adicional de penosidade, em conformidade com a teoria clássica de aplicabilidade das normas constitucionais, como norma programática “vinculada ao princípio da legalidade”, pois dependente de lei que a regule⁶

Prossegue José Afonso da Silva com o entendimento de que:

Cumpra apenas observar, por fim, que, nesses casos, quando a lei é criada, a norma deixa de ser programática, porque a lei lhe deu concreção prática - desde que, realmente, a lei o tenha feito, pois pode acontecer que a lei é igualmente tão abstrata que, no fundo, não muda nada. Mas não é a lei que

³ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 2ed., São Paulo: Saraiva.2014. p.367.

⁴ SARAIVA, Renato. *Direito do Trabalho* 10 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014, p.32.

⁵ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.69

⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed., São Paulo: Malheiros, 2013. p. 146.

cria as situações jurídicas subjetivas, pois estas encontram seu fundamento na própria norma constitucional que as estabelece⁷

Diversas são as críticas às normas programáticas, diante da afirmativa da falta de eficácia imediata e são destituídas de imperatividade. Dessa forma não passam de simples planos ou programas que serão desempenhados com a evolução do Estado. Seriam normas que não conectam, não constituindo princípios específicos, nem tampouco determinando com nitidez as bases das relações jurídicas que acolhem.

Outro ponto negativo dado às normas de caráter programático está pautada na sua ineficácia de cunho social, conforme preleciona Celso Ribeiro de Bastos:

As críticas esposadas às normas programáticas e principalmente à sua falta de eficácia social acabaram por gerar a idéia da existência na Constituição de normas sem aplicação que passaram a receber denominações comezinhas como: mero programa, proclamações admoestações morais, declarações bem intencionadas, manifestos, sentenças políticas, aforismos políticos, boas intenções, todas com o propósito de recusar eficácia e aplicabilidade àquelas proposições cuja presença no texto básico parecia servir unicamente de emprestar colorido doutrinário às Constituições.⁸

Sobre a eficácia destas normas programáticas é deveras complexa por não somente determinar a ação efetiva do legislador, mas por estar sujeita à políticas públicas a serem desenvolvidas pelo governo, tais como a fiscalização, orientação e pressão populares. O caminho para a consolidação destas normas é duro, fruto de lutas e conquistas sociais.

A jurisprudência tem se dividido no que se refere ao adicional de penosidade, observe que se segue colacionada do Tribunal do Trabalho da 4ª região:

Ementa: ADICIONAL DE PENOSIDADE. A falta de regulamentação legal do art. 7º, XXIII, da Constituição impede a condenação ao pagamento de adicional de penosidade, porquanto indefinidas as atividades penosas, o percentual do adicional e a sua base de cálculo.⁹

⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed., São Paulo: Malheiros, 2013. p. 148

⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2004. p.130

⁹ BRASIL, TRT4 RO 00009226520115040601 RS 0000922-65.2011.5.04.0601 **Relator** JOÃO GHISLENI FILHO. Data do julgamento 8 de dezembro de 2016. Data da publicação 10 de dezembro de 2016

Com entendimentos diferenciados tanto na doutrina quanto na jurisprudência é possível identificar que o trabalhador fica à mercê de interpretações e convenções Coletivas de Trabalho ou mesmo de legislações específicas, como ocorre com os funcionários públicos federais, contrariando, então o princípio da segurança jurídica.

CAPÍTULO I ADICIONAIS E SALÁRIOS

Os capítulos desse trabalho iniciam-se com os estudos dos adicionais e salários, sendo que os adicionais são parte que compõe a remuneração do trabalhador juntamente com os salários recebidos.

Os adicionais são devidos em casos específicos, regulamentados por lei, sendo devido quando preenchidos os requisitos legais inerentes a cada um deles.

O adicional de penosidade não possui previsão legal, logo não há como dizer claramente quais são os específicos corretos, limitando-se àqueles que trabalham em condições penosas, como o cortador de cana de açúcar.

O entendimento sobre os salários e adicionais são relevantes para que o adicional de penosidade seja evidenciado ao longo do trabalho.

1.1 Dos Salários e adicionais

Cabe a consideração de que salários e remuneração não se confundem, visto que salário é o contratual e remuneração é aquele acrescido dos adicionais devidos.

O salário por sua vez possui diversas espécies a começar pelo salário mínimo que é garantido pela Constituição da República de 1988, em seu artigo 7º, IV, *in verbis*, que fornece sua conceituação:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim¹⁰

O salário mínimo é o piso nacional que como o próprio nome diz se refere ao valor mínimo pago a um trabalhador por sua prestação de serviços. Como visto trata-se da contraprestação mínima a ser paga a um trabalhador pelo serviço prestado. Para Amauri Mascaro do Nascimento o salário mínimo pode ser:

¹⁰ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (1988) São Paulo: Saraiva, 2017, p.11.

- a) individual, quando destinado a atender às necessidades vitais do trabalhador; b) familiar, quando visa atender às necessidades mínimas do trabalhador e sua família; c) por indústrias, quando fixado para determinados ramos de atividades industriais e comerciais, em consideração à situação particular de cada setor e sua capacidade de pagar os trabalhadores; d) universal, quando geral a todos os trabalhadores e empresas; e) progressivo, sempre que os níveis entrarem em vigor em etapas sucessivas e não instantaneamente; f) instantâneo, quando entra em vigor imediatamente com efeitos totais; g) nacional, quando é fixada a mesma taxa para todo o território nacional; h) por zona, quando o território é dividido em zonas econômicas de diferentes salários mínimos.¹¹

A principal função do salário mínimo está pautada na garantia do mínimo existencial o qual está diretamente relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Para Nelson Rosendal a dignidade da pessoa humana "é simultaneamente valor e princípio, pois constitui elemento decisivo para a atuação de intérpretes e aplicadores da Constituição no Estado Democrático de Direito".¹² Diante desse raciocínio, a dignidade humana põe o indivíduo no vértice do ordenamento jurídico, concentrando toda a atividade estatal.

É necessário evidenciar a diferença entre salário mínimo e salário profissional. Por salário mínimo Amauri Mascaro do Nascimento destaca:

Denomina-se salário profissional aquele fixado como o mínimo que pode ser pago a determinada profissão, com o que se caracteriza como uma espécie de salário mínimo, do que, todavia, difere em alguns aspectos. A diferença se faz, primeiro, pela amplitude, porque o salário mínimo geral e o salário profissional não. Alcança apenas a profissão em razão da qual foi instituído. Segundo, pelos fins: no salário mínimo, a manutenção de um nível econômico abaixo do qual não podem ser satisfeitas as mais elementares necessidades de alimentação. Habitação. Etc; no salário profissional, o resguardo da dignidade profissional¹³

Diferente do salário mínimo o contratual como o próprio nome diz é aquele que é derivado da negociação entre empregado e empregador, lembrando que não deve ser inferior ao salário mínimo.

Em se tratando de categorias de classes, existe o chamado piso salarial, que é o montante a ser pago a todo trabalhador que exerce aquele trabalho específico,

¹¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro, **Curso de Direito do Trabalho**, 23 ed., São Paulo: Saraiva, 2015. p.158.

¹² ROSENVALD, Nelson. **Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2012. p.9.

¹³ NASCIMENTO. Amauri Mascaro. **Iniciação do Direito do Trabalho** 34 ed., São Paulo: LTr, 2015, p.367.

por exemplo, o piso salarial dos operadores de caixa. Isso implica em dizer que aquele que trabalha nessa função, pode negociar com seu empregador tendo por base o piso salarial dessa categoria.

Definindo o que vem a ser o piso salarial, Amauri Mascaro do Nascimento:

Piso salarial é o valor mínimo que pode ser pago em uma categoria profissional ou determinadas profissões numa categoria profissional. A categoria profissional é formada por empregados de diversas funções num setor comum de atividade econômica. O piso expressa-se como um acréscimo sobre o salário mínimo. É fixado em convenção coletiva¹⁴

A principal diferença entre remuneração e salários fundamenta-se no fato de que a remuneração é acrescida de valores referente aos adicionais, gorjetas, bonificações dentre outros.

Assim entende-se a diferença entre salário e remunerações:

Nesse aspecto temos que salário é a contraprestação devida ao empregado pela prestação de serviços decorrentes da relação de emprego. Já a remuneração é a soma do salário contratual com outras vantagens percebidas na vigência da relação do contrato de trabalho, tais como adicionais (noturno, periculosidade, insalubridade, HE), comissões, porcentagens, gratificações, diárias e outros, podendo, inclusive, terceiro pagar determinadas parcelas, tais como gorjetas e gueltas (art. 457 da clt)¹⁵.

Com um conceito mais sucinto sobre a remuneração Renato Saraiva expressa que: “A remuneração consiste no somatório da contraprestação paga diretamente pelo empregador, seja em pecúnia, seja em utilidades, com a quantia recebida pelo obreiro de terceiros a título de gorjetas.”¹⁶

Após a reforma trabalhista a remuneração passa ser composta por além do salário que é a importância fixa estipulada, as gratificações legais e as comissões pagas pelo empregador.

Nesse contexto estão inclusos os adicionais como parte integrante da remuneração mesmo com a nova redação do artigo 467 da CLT, promovido pela reforma trabalhista.

¹⁴NASCIMENTO. Amauri Mascaro. **Iniciação do Direito do Trabalho** 34 ed., São Paulo: LTr, 2015, p.353.

¹⁵ CAVALCANTE, Felipe. **Salários e remunerações**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/60740/reforma-trabalhista-salario-e-remuneracao>. Acesso em 18 set 2018.

¹⁶ SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2013, p.175

1.2 Adicionais do Direito do Trabalho

Quando o trabalhador exerce seu trabalho, função ou ofício que possa ocasionar malefícios à sua saúde, seu bem-estar ou até mesmo possa incorrer em perigo de morte, deve haver uma contraprestação para o risco.

Nesses termos, a legislação considerou as circunstâncias gravosas de trabalho que devem ser avaliadas e conseqüentemente um adicional salarial que contraponha ao perigo evidente. Os adicionais devidos ao trabalhador devem ser ponderados e analisados diante da relevância que possuem para a preservação da saúde e vida daqueles que trabalham em condições gravosas.

Como já mencionado anteriormente, os adicionais devidos ao trabalhador são considerados indispensáveis e por isso a reforma trabalhista ocorrida em 2015 ainda que permite a maior negociação entre empregador e empregado, os adicionais como um todo não fazem parte desse rol de negociações.

1.2.1 Adicional de periculosidade

Outra forma de exercício de profissão, trabalho ou ofício em condições gravosas, são aquelas que representam perigo direto à vida ou saúde do trabalhador, o qual determina um adicional que é denominado de periculosidade, objetivando dar ao trabalhador, nesses casos, uma vantagem pecuniária por trabalhar nessas condições.

Desse modo, “ na periculosidade existe o risco, a possibilidade de ocorrer o infortúnio.”¹⁷

O adicional de periculosidade está amparado legalmente no artigo 193 da Consolidação das Leis Trabalhistas:

Art-193 - São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem o contato permanente com inflamáveis ou explosivos em condições de risco acentuado.

§ 1º - O trabalho em condições de periculosidade assegura ao empregado um adicional de 30% (trinta por cento) sobre o salário sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa.

¹⁷ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.670.

§ 2º - O empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido.¹⁸

Diferente do que ocorre nos casos da insalubridade aqui não existe a possibilidade de neutralização ou mesmo eliminação dos riscos existentes, já que se trata de casos que o infortúnio, o perigo se faz presentes a todo instante.

Nos casos de periculosidade apenas uma exposição é o suficiente para ocasionar o evento morte ou sequelas gravíssimas ao trabalhador como, por exemplo, a mutilação.

Enquanto na insalubridade tem-se que, se não for eliminada ou neutralizada, o trabalhador a ela exposto tem continuamente um fator prejudicial a sua saúde, na periculosidade não importa fator contínuo de exposição do trabalhador, mas apenas um risco que não age biologicamente contra seu organismo, mas, que, na configuração do sinistro pode ceifar a vida do trabalhador ou causar mutilação.¹⁹

O artigo 195 da Consolidação das Leis Trabalhistas expõe que a classificação e caracterização das condições que venham a ensejar o direito ao adicional de periculosidade dependem de perícia técnica. “A caracterização e a classificação da insalubridade e da periculosidade, segundo as normas do Ministério do Trabalho, far-se-ão através de perícia a cargo de Médico do Trabalho ou Engenheiro do Trabalho, registrados no Ministério do Trabalho”²⁰

Diante disso não se aplica ao adicional de periculosidade o mesmo entendimento trazido ao adicional de insalubridade, ou seja, o laudo de um perito é indispensável. “a caracterização da periculosidade será feita por intermédio de perícia, por meio de engenheiro ou médico do trabalho”.²¹

Comprova-se através da jurisprudência a seguir a necessidade de perícia técnica em se tratando de adicional de periculosidade, da qual expressa claramente a necessidade de perícia técnica para a comprovação da periculosidade no trabalho exercido.

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. PROVA TÉCNICA. O laudo pericial apresentado pelo perito nomeado pelo juízo é a prova técnica necessária ao julgamento de pretensão referente ao adicional de periculosidade. Embora o julgador não esteja adstrito às conclusões do expert, a sua

¹⁸ VADE MECUM. *Consolidação das Leis Trabalhistas*. São Paulo: Saraiva, 2016, p.845.

¹⁹ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**.27 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.671.

²⁰ VADE MECUM. *Consolidação das Leis Trabalhistas*. São Paulo: Saraiva, 2006, p.845.

²¹ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**.27 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.671.

desconsideração exige prova robusta capaz de infirmar a prova técnica. Havendo o perito constatado in loco a existência de documento registrando os trabalhadores que ingressaram na área de armazenamento de GLP - sem o registro do nome do reclamante -, e não sendo produzida prova em sentido contrário, impõe-se a adoção da conclusão pericial de inexistência de condições perigosas no trabalho desenvolvido pelo autor. Recurso do reclamante não provido.²²

A incidência do adicional de periculosidade se dá sobre o salário base, conforme preceitua o Enunciado 191 do Tribunal Superior do Trabalho: “O adicional de periculosidade incide apenas sobre o salário básico e não sobre este acrescido de outros adicionais. Em relação aos eletricitários, o cálculo do adicional de periculosidade deverá ser efetuado sobre a totalidade das parcelas de natureza salarial.”²³

Contudo, essa questão tem sido controvertida pautando exatamente na discussão desse trabalho, e no próximo capítulo será trazido, explicitado e estudado de modo a sanar esses questionamentos.

Sobressalte-se que a decisão se dá tendo por base a orientação dada pela Súmula 364 do Tribunal Superior do Trabalho, a qual expressa que a exposição eventual, não caracteriza exposição ao perigo:

Adicional de Periculosidade - Exposição Eventual, Permanente e Intermitente
I- Faz jus ao adicional de periculosidade o empregado exposto permanentemente ou que, de forma intermitente, sujeita-se a condições de risco. Indevido, apenas, quando o contato dá-se de forma eventual, assim considerado o fortuito, ou o que, sendo habitual, dá-se por tempo extremamente reduzido
II - A fixação do adicional de periculosidade, em percentual inferior ao legal e proporcional ao tempo de exposição ao risco, deve ser respeitada, desde que pactuada em acordos ou convenções coletivos.²⁴

A súmula acima garante o recebimento do adicional de periculosidade o trabalhador cujas condições de trabalho se deem em condições de risco, devendo o risco não ser eventual.

Tem direito ao recebimento do adicional de periculosidade ao trabalhador que labora com energia elétrica, conforme dispõe Decreto Lei 93.412/86, ressaltando a

²² BRASIL, TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO- TRT-4 - RO: 00203803520165040232, Data de Julgamento: 11/07/2018, 5ª Turma. Acesso em 10 set 2018

²³ BRASIL, ENUNCIADO 191 TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Disponível em http://www.dji.com.br/normas_inferiores/enunciado_tst/tst_0181a0210.htm. Acesso em 10 set 2018

²⁴ BRASIL, TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO Súmula 364. Disponível em http://www.dji.com.br/normas_inferiores/enunciado_tst/tst_0361a0390.htm#sumula-364. Acesso em 10 set 2018

necessidade de existência de perigo na atividade exercida. “O trabalho com eletricidade exige procedimentos padronizados e treinamento específico e é bastante vulnerável à ocorrência de acidentes, inclusive fatais.”²⁵

Esse entendimento foi estendido aos profissionais que lidam com a instalação de cabos telefônicos, considerando a proximidade com a rede elétrica para o desempenho de suas funções.

Igualmente os trabalhadores que lidam com combustíveis e substâncias inflamáveis recebem o adicional de periculosidade. Em existindo mais de um fator que dê ensejo ao recebimento do adicional de periculosidade será considerado o de grau mais para o cálculo.

Nada impede que o adicional de periculosidade seja cumulado com o de insalubridade, basta, portanto, que o trabalhador labore em condições perigosas e insalubres, todavia, deverá o trabalhador escolher entre um dos dois.

Sendo diminuídos ou eliminados os riscos da conseqüentemente cessará o direito ao recebimento do adicional de insalubridade. Interessante essa consideração visto que as condições insalubres persistem com o passar dos anos , sendo indiscutivelmente melhor a prevenção do que a cura nesse sentido.

Investir em instrumentos de prevenção no que diz respeito à insalubridade representa melhor qualidade de vida aos trabalhadores.

1.2.2 Adicional de insalubridade

Dentre as condições de trabalho consideradas como gravosas aos trabalhadores, considera-se o trabalho em condições insalubres que devem ser contra prestadas por adicional. Regulamentado pelo artigo 189 da Consolidação das Leis Trabalhistas, o adicional de insalubridade é devido quando desempenhada certas atividades em locais insalubres:

Art . 189 - 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.

²⁵ MATTOS, Ricardo Pereira. **Periculosidade por energia elétrica.** Disponível em <http://www.ricardomattos.com/periculosidade.htm>. Acesso em 10 set 2018

Diante do dispositivo descrito, é possível dizer que tem direito ao adicional de insalubridade o trabalhador que labora nas chamadas condições insalubres. O próprio artigo diz o que é insalubridade, mas de suma importância conceituar de forma a entender melhor a forma gravosa de trabalho.

A Consolidação das Leis do Trabalho, em seu bojo, mais precisamente no artigo 192, expressa quais são os percentuais de insalubridade devidos ao trabalhador, sendo considerado à forma como é exposto.

Nesse sentido Amauri Mascaro do Nascimento fala sobre o adicional de insalubridade e como deve se dar o pagamento, integrando a remuneração do empregado.

Adicional de insalubridade, é devido ao empregado que presta serviço em ambiente considerado insalubre e é de 10%, 20% ou 40%, conforme o grau de insalubridade, mínimo, médio e máximo, de acordo com o art. 192 da CLT, com a nova redação decorrente da Lei n. 6.514, de 1977. Integra a remuneração –base do empregado para todos os fins. Depende da perícia técnica comprovando a insalubridade do trabalho. Cessada a insalubridade mediante comprovação técnica, cessa o seu pagamento.²⁶

Grande questionamento tem-se nesse sentido, tendo em vista que o juiz não está preso a esse laudo para conceder o adicional. O fato que constitui o direito ao adicional de insalubridade está respaldado no trabalho em condições insalubres, que pode ser comprovado através prova técnicas ou testemunhais.

A atual redação do §2º do art. 195 da CLT perdeu o sentido de ser. Isso porque o juiz sequer estará adstrito ao laudo. "O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos" (art. 436 do CPC). Pode ainda determinar de ofício nova perícia (art. 437 do CPC). Não resta dúvida que o laudo pericial é apenas um meio de prova, podendo (certamente) ser utilizada a presunção, inclusive a favor do empregado (parágrafo único do art. 456 da CLT).²⁷

Dessa forma basta que o trabalhador esteja trabalhando em condições insalubres e comprove com provas técnicas para obter o adicional de insalubridade.

²⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro, **Curso de Direito do Trabalho**, 23 ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p.376.

²⁷ ALEMÃO Ivan, **Adicional de insalubridade**. Disponível em <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/30175/29570>. acesso em 25 set 2018

Se o empregador eliminar ou neutralizar a insalubridade não mais deverá o adicional a seus empregados, nos moldes do artigo 191 da Consolidação das Leis Trabalhistas.

Art . 191 - A eliminação ou a neutralização da insalubridade ocorrerá:
I - com a adoção de medidas que conservem o ambiente de trabalho dentro dos limites de tolerância;
II - com a utilização de equipamentos de proteção individual ao trabalhador, que diminuam a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância.
Parágrafo único - Caberá às Delegacias Regionais do Trabalho, comprovada a insalubridade, notificar as empresas, estipulando prazos para sua eliminação ou neutralização, na forma deste artigo.

A partir do momento que cessarem as condições insalubres, também será extinto o adicional de insalubridade.

1.2.3 Adicional Noturno

O adicional noturno, como o próprio nome diz é devido ao trabalhador que labora noturnamente nos termos da lei do artigo 73 da Consolidação das Leis do Trabalho:

Art. 73. Salvo nos casos de revezamento semanal ou quinzenal, o trabalho noturno terá remuneração superior a do diurno e, para esse efeito, sua remuneração terá um acréscimo de 20 % (vinte por cento), pelo menos, sobre a hora diurna.
§ 1º A hora do trabalho noturno será computada como de 52 minutos e 30 segundos.
§ 2º Considera-se noturno, para os efeitos deste artigo, o trabalho executado entre as 22 horas de um dia e as 5 horas do dia seguinte.
§ 3º O acréscimo, a que se refere o presente artigo, em se tratando de empresas que não mantêm, pela natureza de suas atividades, trabalho noturno habitual, será feito, tendo em vista os quantitativos pagos por trabalhos diurnos de natureza semelhante. Em relação às empresas cujo trabalho noturno decorra da natureza de suas atividades, o aumento será calculado sobre o salário mínimo geral vigente na região, não sendo devido quando exceder desse limite, já acrescido da percentagem
§ 4º Nos horários mistos, assim entendidos os que abrangem períodos diurnos e noturnos, aplica-se às horas de trabalho noturno o disposto neste artigo e seus parágrafos.
§ 5º Às prorrogações do trabalho noturno aplica-se o disposto neste capítulo.

Assim, considera-se como trabalho noturno aquele que é realizado entre as 22 (vinte duas) horas de um dia até as 5 (cinco) horas do dia seguinte, sendo que a

hora noturna é computada como sendo de 52 (cinquenta e dois) minutos e 30(trinta) segundos.

Ou seja, a cada hora noturna, compreendida nos termos demonstrados o valor da hora será acrescida de 20% sobre o valor da hora diurna.

As considerações de Amauri Mascaro do Nascimento são importantes:

O adicional noturno é de 20% sobre o salário contratual, devido aos serviços prestados após as 22 horas, nos centros urbanos; nos horários de sistema de revezamento é devido a hora noturna; integra a remuneração base para os cálculos de 13º, férias, etc.; é calculado sobre o salário hora noturno e a duração da hora noturna é reduzida para 52 minutos e 30 segundos; pago habitualmente integra o salário para todos os efeitos; é regulado de modo específico para trabalhadores nas atividades de exploração, perfuração, produção e refinação de petróleo, industrialização de xisto, indústria petroquímica e transporte de petróleo e seus derivados por meio de dutos (Lei 8;811/72); a transferência para o período diurno implica em sua perda.²⁸

Assim sendo, o cálculo da hora noturna deve ser feito sobre o salário contratual, contudo integra a remuneração do trabalhador, devendo ser contabilizada para fins de outros cálculos, como férias, 13º salário, dentre outros.

A Súmula 256 do Tribunal Superior do Trabalho regulamenta que quando o trabalho deixa de ser realizado em condições noturnas, conseqüentemente o adicional não é mais devido: “Nº 265 Adicional noturno – Alteração de turno de trabalho – Possibilidade de supressão. A transferência para o período diurno de trabalho implica na perda do direito ao adicional noturno”²⁹

Frise-se que mesmo com a reforma trabalhista o direito ao adicional noturno não pode ser alvo de negociação entre patrão e empregados, devendo estar presente sempre que conjugados seus elementos.

1.3 Adicional de penosidade

Ao trabalhador que exerce sua função, atividade ou ofício em condições consideradas como danosas, ou que coloquem em risco a sua vida e saúde é dado

²⁸ NASCIMENTO. Amauri Mascaro. **Iniciação do Direito do Trabalho** 34 ed., São Paulo: LTr, 2015, p.358.

²⁹ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, SÚMULA 265. Disponível em http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-265. Acesso em 20 set 2018.

como contraprestação por trabalhar nessas condições um adicional que incorpora seu salário para auxiliar na minimização desses danos.

Dentre eles destacam-se o adicional de periculosidade e de insalubridade. O adicional de periculosidade é devido aos que trabalham em condições perigosas nos moldes do artigo 193 da CLT.

O artigo 193 da CLT considerou como atividade perigosa “aquelas que sua natureza e métodos de trabalho, impliquem em inflamáveis ou explosivos em condição de risco acentuado.”³⁰

Ainda, aos que trabalham com energia elétrica também se enquadram nesses moldes: “O empregado que exerce atividade no setor de energia elétrica em condições de periculosidade também recebe adicional de periculosidade conforme dispõe o art. 1º da Lei 7.369/1985, no percentual ali definido.”³¹

Já o adicional de insalubridade é devido a quem trabalha em condições insalubres que são definidas pelo Norma Regulamentadora 15 e artigo 192 da CLT.

O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário-mínimo da região, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo.

O artigo 191 da CLT estabelece prevê a possibilidade de neutralização e diminuição da insalubridade, todavia nem o pagamento do adicional ou mesmo o fornecimento de equipamentos para diminuição ou neutralização dos riscos não são suficientes para proteção ao trabalhador em sua integridade. Desse modo:

O ideal é que o empregado não tivesse que trabalhar em condições de insalubridade, que lhe são prejudiciais a sua saúde. Para o empregador, muitas vezes é melhor pagar o ínfimo adicional de insalubridade do que eliminar o elemento nocivo à saúde do trabalhador, que demanda incentivos. O empregado, para ganhar algo a mais do que seu minguado salário, sujeita-se a trabalhar em local insalubre.³²

Feitas as considerações sobre os adicionais de periculosidade e insalubridade, cumpre dizer do adicional de penosidade que é o cerne da pesquisa.

³⁰ SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2013, p.355.

³¹ SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2013, p.355.

³² MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2014, p.644

O artigo 7º, inciso XXIII da Constituição da República garante o adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;. Vê-se, portanto, que o legislador constitucional garante que a remuneração seja adicionada de quando o trabalhador exerce suas funções em ambiente ou de forma penosa.

Nesses casos mesmo que a saúde e integridade física não sejam afetadas diretamente a atividade realizada em condições penosas causa sofrimento que atinge não somente sua vida presente, mas de igual forma o futuro.

Entende-se por adicional de penosidade, aquele pago ao trabalhador a título de indenização, devido à realização de uma atividade penosa que causa pena, trabalho árduo, que embora não cause efetivo dano à saúde do trabalhador, possa tornar sua atividade profissional mais sofrida. O adicional de penosidade encontra-se previsto no artigo 7º, inciso XXIII, da Constituição da República, o qual foi inserido juntamente com o adicional de insalubridade e periculosidade.³³

O sofrimento ocasionado pelo trabalho penoso sobrecarrega o trabalhador no exercício de sua função ocasionado desgaste que vão além do físico, atingindo abalo moral, psíquico devido a fatores ambientais que revestem as condições de trabalho.

Diz a doutrina médica que trabalho penoso é o trabalho desgastante para a pessoa humana, é o tipo de trabalho que, por si ou pelas condições em que exercido, expõe o trabalhador a um esforço além do normal para as demais atividades e provoca desgaste acentuado no organismo humano. É o trabalho que, pela natureza das funções ou em razão de fatores ambientais, provoca uma sobrecarga física e/ou psíquica para o trabalhador. É próprio de algumas das atividades do trabalhador rural e também na área urbana. Exemplo: cortador de cana que, em jornadas normalmente superiores a oito horas por dia, em altas temperaturas e exposto a um sol escaldante, se ativa em contato direto com o pelo da cana, quando crua, ou com o insuportável pó, quando queimada, além do contato direto com muitos tipos de agentes físicos, químicos e biológicos e com animais peçonhentos.³⁴

No caso em tela o trabalho braçal por si só já constitui pesar, principalmente quando considerado o ambiente em que é realizado que sofre com condições climáticas importantes. Se analisarmos somente sob esse prisma a penosidade já se

³³ VIANA, Selma de Moura Godinho .o **adicional de penosidade**. Disponível em <https://fg.jusbrasil.com.br/noticias/1970384/o-que-se-entende-por-adicional-de-penosidade-selma-de-moura-galdino-vianna>. Acesso em 20 set 2018

³⁴ MELO, Raimundo Simão **O judiciário deve reconhecer o adicional de penosidade**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-abr-15/reflexoes-trabalhistas-possivel-cobrar-adicional-penosidade-mandado-injuncao>. Acesso em 01 out 2018

configura, aliada ainda os riscos químicos e biológicos, não há que se falar em inexistência de direito do adicional de penosidade.

Não há como negar a existência da penosidade em determinadas atividades quando se tem fator gerador de desconforto físico ou psicológico, superior ao decorrente do trabalho normal

CAPÍTULO II- GARANTIAS CONSTITUCIONAIS AO TRABALHADOR

Esse capítulo descreverá o direito a igualdade, consagrado na Constituição da República e conseqüentemente em todo o ordenamento jurídico e o acesso ao remédio constitucional do mandado de injunção quando necessário.

É importante dizer que o direito a igualdade é importante no contexto do adicional de penosidade, devido ao tratamento desigual dado a quem recebe outros tipos de adicionais, como os descritos no capítulo anterior, pois a falta de regulamentação retira daqueles que fazem jus ao adicional o direito em tê-lo, desigualmente dos outros adicionais.

O mandado de injunção se mostra como necessários nesses casos pois, a falta de legislação prejudica o trabalhador que precisa do adicional de penosidade.

2.1 Direito de igualdade

Quando se fala em igualdade entre os seres pensa-se de imediato em um tratamento igualitário entre homens e mulheres, principalmente com uma visão dentro do direito do trabalho, cujo labor se dá em condições de igualdade.

O direito a igualdade encontra respaldo no caput do artigo 5º da Constituição da República que assim estabelece:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:³⁵

Toda e qualquer tipo de atitude discriminativa é repelida pelo ordenamento jurídico, dentro dos preceitos constitucionais de igualdade. Porém, deve-se buscar não somente a igualdade formal capitulada pelo artigo, mas, sobretudo a igualdade material.

Nesse ponto Pedro Lenzaprelaciona:

O art. 5º, *caput*, consagra serem todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Deve-se, contudo, buscar não somente essa aparente

³⁵ BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA. *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2017. p.7.

igualdade forma, (Consagrada no liberalismo clássico) mas principalmente a igualdade material, na medida em que a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.³⁶

A igualdade garantida pelo artigo 5º é chamada de igualdade formal, ou seja, é aquela que é voltada para todos os indivíduos da sociedade sem considerar as desigualdades existentes.

Mas deve-se considerar as desigualdades existentes, indo de encontro ao preconizado pela igualdade material. É possível a existência de normas que estabeleçam tratamento diferenciado, mas não poderão ser baseadas sem que se considere a razoabilidade da norma.

Tratando os desiguais como os iguais em uma sociedade de diferenças podem ser entendidas como algo absurdo, sendo negada por parte daqueles que fazem parte da sociedade. É importante atentar que o fato pode ser observado não como o abandono do princípio da igualdade, porém, como a escolha de uma outra forma de identificar como se porta o princípio da igualdade.

Nesse ponto Marcelo Alexandrino aduz o que se segue:

O princípio constitucional da igualdade não veda que a lei estabeleça tratamento diferenciado entre pessoa que guardem distinções de grupo social, de sexo, de profissão, de condição econômica ou de idade, entre outras. O que não se admite é que o parâmetro diferenciador seja arbitrário, desprovido de razoabilidade, ou deixe de atender a alguma relevante razão de interesse público.³⁷

O princípio da isonomia enseja e exige a equivalência real, caso a caso, in concreto, para não se correr o risco de tratar com desigualdade os iguais, ou os desiguais com igualdade, o que seria desigualdade flagrante, e não igualdade substancial.

No direito do trabalho o princípio da isonomia surgiu como consequências de que a liberdade de contrato entre pessoas com poder e capacidade econômica desiguais conduzia a diferentes formas de exploração, inclusive mais abusivas e iníquas.

³⁶ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p.595.

³⁷ ALEXANDRINO, Marcelo. Vicente Paulo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 3ed., São Paulo: Método, 2008. p.47.

Para tanto, o legislador, através do princípio da isonomia, na tentativa de buscar medidas para garantir uma igualdade jurídica que desaparecia diante da desigualdade econômica no direito do trabalho, busca-se uma justiça real, concreta ou material.

O nível de capacidade legal de agir, de contratar, em que se enfrentavam operário e patrão, dois iguais porque ambos soberanos no seu direito, cedia e se tornava ficção com a evidente inferioridade econômica do primeiro em face do segundo. Se a categoria de cidadão colocava os dois no mesmo plano de igualdade, não impediria essa igualdade, como alguém observou, que o cidadão proletário, politicamente soberano no Estado, acabasse, economicamente, escravo na fábrica.³⁸

Assim, se traçaram normas públicas reguladoras das relações jurídicas impondo-se direitos e obrigações. Desta forma, foram criadas restrições ao poder econômico, estabelecendo regras mínimas quanto à jornada, ao salário, à forma de contratação, ao trabalho do menor e da mulher etc. Dessa feita, da elaboração de uma lei o direito à igualdade deve prevalecer. Vejamos:

ao elaborar a lei, deve reger, com iguais disposições - os mesmos ônus e as mesmas vantagens - situações idênticas, e, reciprocamente, distinguir, na repartição de encargos e benefícios, as situações que sejam entre si distintas, de sorte a quinhó-las ou gravá-las em proporção às suas diversidades". Aliás, Francisco Campos, com razão, sustentara mesmo que o legislador é o destinatário principal do princípio, pois se ele pudesse criar normas distintas de pessoas, coisas ou fatos, que devessem ser tratados com igualdade, o mandamento constitucional se tornaria inteiramente inútil.³⁹

O princípio da isonomia garantido na Constituição Federal é amplo e assegura ao indivíduo o direito de insurgir-se contra o arbítrio e a discriminação.

Este princípio está inserido também na CLT, assegurando igualdade de salário para o trabalho de igual valor. Tal ponto de equilíbrio é rompido sempre que o órgão jurisdicional se investe, indevidamente, na função de tutor do empregado, aplicando, por exemplo, a regra do *in dubio pro misero*, extensiva do princípio da proteção, quando aprecia as consequências processuais da divisão do ônus da prova, sujeitas à norma do art. 818 da

³⁸ MELO, Raimundo Simão **O judiciário deve reconhecer o adicional de penosidade.** Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-abr-15/reflexoes-trabalhistas-possivel-cobrar-adicional-penosidade-mandado-injuncao>. Acesso em 10 out 2018.

³⁹ MELO, Raimundo Simão **O judiciário deve reconhecer o adicional de penosidade.** Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-abr-15/reflexoes-trabalhistas-possivel-cobrar-adicional-penosidade-mandado-injuncao>. Acesso em 10 out 2018.

CLT, cristalizadora do princípio de que a decisão será contra a parte (empregador ou empregado) encarregado de produzi-la".⁴⁰

Conferir proteção ao trabalhador não é o mesmo que entregar vantagem sem restrição, pois ao invés de promover-se a igualdade jurídica entre as partes, estaríamos pendendo a balança para um dos lados, rompendo com a isonomia da prestação jurisdicional e, especialmente, com a segurança jurídica do ordenamento.

Quando se fala em proteção integral quanto ao direito de igualdade ao trabalhador é preciso atentar que todo e qualquer tipo de ato de faz distinção entre pessoas, ou entre trabalhadores não deve existir.

Certo é que a existência de rol taxativo que vem determinar quais atitudes são discriminatórias e quais não são é difícil, porém, é certo que a inexistência de poder agir é uma afronta clara ao contido no princípio da igualdade, já que diferencia o trabalhador dos demais.

a discriminação provocada pelo exercício de direitos, hipótese que não é nova, mas torna-se mais nítida nos dias de hoje. Caso típico, em matéria trabalhista, é a discriminação pelo exercício do direito de ação. Deixar de admitir o trabalhador, em virtude de ter ele ajuizado reclamação em face de seu antigo empregador, é prática ilícita.⁴¹

Nesses casos entende-se a falta de normatização do adicional de penosidade que impede o exercício de ação dos trabalhadores como um todo, pois não há um paradigma legal a ser seguido.

Os tribunais têm reconhecido a impossibilidade de discriminação como se observa da jurisprudência colacionada:

EMENTA: RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015 /2014 DA PRIMEIRA RECLAMADA, ENOB ENGENHARIA DE OBRAS LTDA. TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADO DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS. ISONOMIA SALARIAL COM OS EMPREGADOS DA TOMADORA DE SERVIÇOS. Ficou incontroverso nos autos que o autor, embora contratado pela primeira reclamada, Enob Engenharia de Obras Ltda., laborava como agente externo, realizando atividades como cortes, ligações, colocação de lacres dos hidrômetros de clientes da segunda reclamada, Companhia de Saneamento do Paraná -

⁴⁰José Augusto Rodrigues Pinto, **Processo Trabalhista de Conhecimento**, 5ª ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 54

⁴¹ MALLETT, Estevão **Igualdade, discriminação e direito do trabalho**. Disponível em <https://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/acervo/Doutrina/artigos/Revista%20do%20Tribunal%20Superior%20do%20Trabalho/2010/n%203/Igualdade,%20discrimina%C3%A7%C3%A3o%20e%20Direito%20do%20Trabalho.pdf>. Acesso em 15 nov 2018.

Sanepar. O Regional consignou que "resta evidente que as atividades desempenhadas pelo Reclamante relacionam-se à atividade-fim da segunda Reclamada" e que, "com efeito, a atividade de aferição, cortes e religações do fornecimento dos serviços relacionasse diretamente com os serviços prestados pela segunda Reclamada, conforme previsto na própria Lei 4.684/63" , pois "tais atividades são claramente essenciais ao desenvolvimento do objeto da sociedade" . Reconhecido que o reclamante desempenhava funções próprias do ramo de atividades da tomadora de serviços, a isonomia salarial é devida por aplicação analógica do artigo 12 da Lei nº 6.019 /1974, consoante entendimento prevalente neste Tribunal de que deve ser conferida a igualdade de direitos entre os empregados da empresa prestadora de serviços e os da tomadora de serviços que preencham os requisitos necessários à referida isonomia. A Constituição Federal , ao dispor sobre os direitos dos trabalhadores, veda, expressamente, o tratamento discriminatório (artigo 7º, incisos XXX e XXXII), reforçando não apenas o princípio da igualdade consagrado em seu artigo 5º , caput, mas, também, os princípios da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho (artigo 1º, incisos III e IV). Por sua vez, o artigo 12 da Lei nº 6.019 /74, de aplicação analógica ao caso concreto, estabelece o seguinte: "Art. 12 . Ficam assegurados ao trabalhador temporário os seguintes direitos..⁴²

Ainda, mesmo sendo a discriminação uma atitude que deve ser banida do ordenamento jurídico, não cabendo nenhum tipo de tolerância nesse sentido, ainda é uma prática comum, como se observa da citação que se segue:

A discriminação, como visto até aqui, está claramente proibida e não é tolerada pelo ordenamento jurídico brasileiro. A realidade, no entanto, nem sempre condiz com tal ideia. A distância entre o dever ser – a norma legal – e o ser – aquilo que se passa no mundo dos fatos – é enorme. Por isso mesmo é que fica evidente como não basta proscrever, por meio da lei, a discriminação. É preciso eliminá-la da realidade.⁴³

Nesse cenário, portanto, o direito à isonomia, ou igualdade deve ser entendido em sua integralidade e não somente em partes, sendo que ao ser contrariado deve ser prontamente banido visto que não há lugar para desigualdades no ordenamento jurídico e sociedade como um todo.

⁴²BRASIL, TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO TST - RR: 18666820145090069, Relator: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 23/08/2017, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/09/2017. Acesso em 18 nov 2018

⁴³ MALLETT, Estevão **Igualdade, discriminação e direito do trabalho**. Disponível em <https://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/acervo/Doutrina/artigos/Revista%20do%20Tribunal%20Superior%20do%20Trabalho/2010/n%203/Igualdade,%20discrimina%C3%A7%C3%A3o%20e%20Direito%20do%20Trabalho.pdf>. Acesso em 15 nov 2018.

2.2 Mandado de injunção

Dentre os remédios constitucionais elencados na Constituição da República destaca-se o mandado de injunção que é pertinente nos casos de adicional de penosidade.

O mandado de injunção é instrumento célere que visa proporcionar aos cidadãos o cumprimento do objetivo da norma que foi criada sem ficar a disposição de quando os legisladores cumprirão o descrito na Constituição da República no que tange à regulamentação de normas constitucionais.

Conhecido como um dos remédios constitucionais, o mandado de injunção tem o condão de que sempre na falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Diante disso, o mandado de injunção tem a função de minimizar a falta de regulamentação das normas, evitando os atos omissivos dessa natureza, garantindo a liberdade em usar os direitos e garantias constitucionais;

Para José Afonso da Silva todos os que sentirem restrição em seus direitos sociais, pela falta de norma regulamentadora podem se valer do mandado de injunção. Em sua visão o instrumento deve ser assim conceituado:

Um remédio ou ação constitucional posto à disposição de quem se considere titular de qualquer daqueles direitos, liberdades ou prerrogativas inviáveis por falta de norma regulamentadora exigida ou suposta pela Constituição. Sua principal finalidade consiste assim em conferir imediata aplicabilidade à norma constitucional portadora daqueles direitos e prerrogativas, inerte em virtude de ausência de regulamentação. Revela-se, neste quadrante, como um instrumento da realização prática da disposição do artigo 5º, § 1º.⁴⁴

Como demonstrado é denominado de remédio constitucional, ou seja, de um instrumento que visa a concretizar a vontade do legislador da Lei Maior. Assim, a previsão legal no artigo 5º, inciso LXXI da Constituição da República, o mandado de injunção é disposto com a seguinte redação:

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades

⁴⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed., São Paulo: Malheiros, 2013. p. 262.

constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;⁴⁵

Desse modo, sendo constatada a inexistência de norma regulamentadora que prejudique ou mesmo inviabilize que os cidadãos possam exercer ou usufruir de direitos e liberdades constitucionais, será impetrado o mando de injunção, para fazer valer seus direitos.

O artigo 102 da Constituição da República expressa que o Supremo Tribunal Federal enquanto guardião da Lei Maior de nosso país é o responsável para processar e julgar o mandado de injunção, quando:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;⁴⁶

Se o sujeito passivo do mandado de injunção é aquele órgão responsável pela norma regulamentadora e foi omissivo, o sujeito ativo nesse caso é qualquer cidadão que se encontra na situação de inviabilidade ou impossibilidade de exercer seus os direitos e liberdades constitucionais.

Sendo função do Supremo para processar e julgar os casos de mandado de injunção é possível dizer-lhe de natureza jurídica constitucional, objetivando remediar possível falta de eficiência de uma norma constitucional. Como assevera Alexandre de Moraes.

O mandado de injunção consiste em uma ação constitucional de caráter civil e de procedimento especial, que visa suprimir uma omissão do Poder Público, no intuito de viabilizar o exercício de um direito, uma liberdade ou uma prerrogativa prevista na Constituição Federal. Juntamente com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, visa o combate da síndrome de inefetividade das normas constitucionais.⁴⁷

Para intentar com um mando de injunção é de suma importância a obediência de alguns requisitos mencionados na constituição da República, num primeiro

⁴⁵ BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva. 2016, p.231.

⁴⁶ BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva. 2016, p.231.

⁴⁷ MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p.43

momento a norma em questão deve ser classificada como norma de eficácia limitada, anteriormente estudada e classificada nesse trabalho.

Outro requisito é a constatação da inexistência de norma regulamentadora, inviabilizando ou impossibilitando, desse modo os direitos que a Constituição garante nesse sentido.

A Lei 13.300/2016 que regulamenta os mandados de injunção individual e coletivo diz em seu artigo 2º:

Art. 2º Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta total ou parcial de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Parágrafo único. Considera-se parcial a regulamentação quando forem insuficientes as normas editadas pelo órgão legislador competente.⁴⁸

Desse modo, diante da conotação de omissão legislativa, seja total ou parcial, cabe o mandado de injunção para a efetivação do exercício de seus direitos.

Sobre os legitimados a propor o mandado de injunção o diploma legal descreve no artigo 3º:

São legitimados para o mandado de injunção, como impetrantes, as pessoas naturais ou jurídicas que se afirmam titulares dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas referidos no art. 2º e, como impetrado, o Poder, o órgão ou a autoridade com atribuição para editar a norma regulamentadora.⁴⁹

Considerando o fato da possibilidade de mandado de injunção individual e coletivo aparecem a possibilidade de serem legitimados as pessoas físicas e jurídicas.

Sobre a mora legislativa o artigo 8º do dispositivo legal mencionado diz como deve ser entendida e qual a função do mandado de injunção nesses casos.

Art. 8º Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para:

I - Determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora;

II - Estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

⁴⁸BRASIL, LEI 13.300/2016. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13300.htm. Acesso em 17 nov 2018

⁴⁹BRASIL, LEI 13.300/2016. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13300.htm. Acesso em 17 nov 2018

Parágrafo único. Será dispensada a determinação a que se refere o inciso I do **caput** quando comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma.⁵⁰

Falar em mandado de injunção demonstra a garantia de que a morosidade legislativa não obste o exercício de direito constitucionalmente garantido por norma de eficácia limitada, honrando os moldes que deve seguir um Estado Democrático de Direito.

O mandado de injunção mostra-se um importante aliado da democracia, ao garantir que qualquer cidadão pleiteie direito constitucionalmente assegurado frente à omissão legislativa.

Em se tratando de direito do trabalho, especificamente do trabalho realizado em condições de penosidade, o mandado de injunção objetiva, quando impetrado, realizar no caso concreto, a intenção do legislador constitucional quanto a efetividade da norma descrita.

Assim, o mando de injunção faz com que a interpretação da norma ocorra em sua amplitude, já que a lacuna normativa existente leva à insegurança jurídica nesses casos.

⁵⁰ BRASIL, LEI 13.300/2016. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13300.htm. Acesso em 17 nov 2018

CAPÍTULO III: A FALTA DE PREVISÃO LEGAL DO ADICIONAL DE PENOSIDADE E SUAS CONSEQUÊNCIAS NA VIDA DO TRABALHADOR

Esse capítulo é dedicado à falta de regulamentação do adicional de penosidade na legislação brasileira, o que leva o uso do remédio constitucional do mandado de injunção como forma de efetivar e garantir o adicional ao trabalhador que exerce suas funções nessas condições.

A atividade penosa deve ser regulamentada com o devido adicional, para que trabalhadores como os cortadores de cana de açúcar não tenha seus direitos retirados e sim respeitados, para a efetivação da segurança jurídica.

3.1 Do adicional de penosidade e a falta de previsão legal

Ao considerar que o indivíduo labora em condições capazes de trazer implicações a tal ponto de se revelar a atividade como penosa, é devido um adicional que incorpora seu salário para auxiliar na minimização desses danos.

Os já mencionados adicionais de periculosidade, insalubridade e noturno foram devidamente explanados no capítulo I dessa pesquisa e como visto, são regulamentados por lei e assentados no ordenamento jurídico.

Todavia, o mesmo não ocorreu com o adicional de penosidade que não foi regulamentado até os dias atuais.

O artigo 7º, inciso XXIII da Constituição da República garante o adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;. Vê-se, portanto, que o legislador constitucional garante que a remuneração seja adicionada de quando o trabalhador exerce suas funções em ambiente ou de forma penosa.

Nesses casos mesmo que a saúde e integridade física não sejam afetadas diretamente a atividade realizada em condições penosas causa sofrimento que atinge não somente sua vida presente, mas de igual forma o futuro.

Entende-se por adicional de penosidade, aquele pago ao trabalhador a título de indenização, devido à realização de uma atividade penosa que

causa pena, trabalho árduo, que embora não cause efetivo dano à saúde do trabalhador, possa tornar sua atividade profissional mais sofrida. O adicional de penosidade encontra-se previsto no artigo 7º, inciso XXIII, da Constituição da República, o qual foi inserido juntamente com o adicional de insalubridade e periculosidade.⁵¹

O sofrimento ocasionado pelo trabalho penoso sobrecarrega o trabalhador no exercício de sua função ocasionado desgaste que vão além do físico, atingindo abalo moral, psíquico devido a fatores ambientais que revestem as condições de trabalho.

Diz a doutrina médica que trabalho penoso é o trabalho desgastante para a pessoa humana, é o tipo de trabalho que, por si ou pelas condições em que exercido, expõe o trabalhador a um esforço além do normal para as demais atividades e provoca desgaste acentuado no organismo humano. É o trabalho que, pela natureza das funções ou em razão de fatores ambientais, provoca uma sobrecarga física e/ou psíquica para o trabalhador. É próprio de algumas das atividades do trabalhador rural e também na área urbana. Exemplo: cortador de cana que, em jornadas normalmente superiores a oito horas por dia, em altas temperaturas e exposto a um sol escaldante, se ativa em contato direto com o pelo da cana, quando crua, ou com o insuportável pó, quando queimada, além do contato direto com muitos tipos de agentes físicos, químicos e biológicos e com animais peçonhentos.⁵²

No caso em tela o trabalho braçal por si só já constitui pesar, principalmente quando considerado o ambiente em que é realizado que sofre com condições climáticas importantes. Se analisarmos somente sob esse prisma a penosidade já se configura, aliada ainda os riscos químicos e biológicos, não há que se falar em inexistência de direito do adicional de penosidade.

Não há como negar a existência da penosidade em determinadas atividades quando se tem fator gerador de desconforto físico ou psicológico, superior ao decorrente do trabalho normal

Visando essa regulamentação no ano de 2008 o então deputado federal Mauricio Rants, propôs um projeto de lei nº4243/2008, com o propósito de regulamentar o adicional de penosidade em nosso ordenamento jurídico.

Essa alteração se efetivaria com a criação do artigo 196-A que integraria ao texto da Consolidação das Leis do Trabalho, com a seguinte redação:

⁵¹ VIANA, Selma de Moura Godinho .o **adicional de penosidade**. Disponível em <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1970384/o-que-se-entende-por-adicional-de-penosidade-selma-de-moura-galdino-vianna>. Acesso em 10 out 2018.

⁵² MELO, Raimundo Simão **O judiciário deve reconhecer o adicional de penosidade**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-abr-15/reflexoes-trabalhistas-possivel-cobrar-adicional-penosidade-mandado-injuncao>. Acesso em 10 out 2018.

Art. 196-A. Considera-se penoso o trabalho exercido em condições que exijam do trabalhador esforço físico, mental ou emocional superior ao despendido normalmente, nas mesmas circunstâncias, ou que, pela postura ou atitude exigida para seu desempenho, sejam prejudiciais à saúde física, mental e emocional do trabalhador.

§ 1º – O trabalho em atividades penosas ensejará a percepção do adicional de 25% (vinte e cinco por cento) sobre a remuneração do empregado, observado o disposto nos artigos 457 e 458 do Estatuto Consolidado, independentemente de receber ou fazer jus a outros adicionais.”⁵³

Com problemas de redação essa proposta foi alterada recentemente pela PL nº9341/2017 que se encontra tramitando no Congresso Nacional sem que haja, até a presente data, nenhuma manifestação e conforme consulta ao *site* da Câmara dos Deputados está sob a análise da Comissão de Constituição e Justiça.

É de extrema relevância essa regulamentação para que todos aqueles que cumprirem com os pressupostos devidos para o adicional de penosidade possam recebe-lo sem a existência de barreiras como ocorre nos dias atuais.

Sendo o adicional de penosidade devido para não comprometer a saúde e segurança do trabalhador não pode ficar esperando a boa vontade legislativa em regulamentar.

Por isso novamente é preciso frisar que o trabalho em condições penosas é aquele que causam problemas de toda ordem na vida do trabalhador, retirando o prazer de laborar.

Atividade penosa é aquele realizado à exaustão, ao incômodo, à dor, ao desgaste, à concentração excessiva e à imutabilidade das tarefas desempenhadas que aniquilam o interesse, que leva o trabalhador ao exaurimento de suas energias, extinguindo-lhe o prazer entre a vida laboral e as atividades a serem executadas, gerando sofrimento, que pode ser revelado pelos dois grandes sintomas: insatisfação e a ansiedade.⁵⁴

⁵³ CÂMARA DOS DEPUTADOS- PL Nº9341/2017. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2166178>. Acesso em 14 nov 2018

⁵⁴ DÁDIVA, Ítala. **Regulamentação do adicional de penosidade: uma forma de garantir a integridade física e psíquica do trabalhador.** Disponível em <https://italladadiva.jusbrasil.com.br/artigos/563789073/regulamentacao-do-adicional-de-penosidade-uma-forma-de-garantir-a-integridade-fisica-e-psiquica-do-trabalhador?ref=serp>. Acesso em 14 nov 2018.

Enquanto isso é função do judiciário, quando provocado, diante do caso concreto reconhecer a necessidade de resguardar o trabalhador com o devido adicional de penosidade.

Esse reconhecimento e regulamentação efetivam o contido no princípio da igualdade que impede tratamento diferenciado entre todos, principalmente entre os trabalhadores.

Os adicionais, tem a natureza de salário, são devidos ao trabalhador como uma compensação por uma condição adversa, seja penosa, insalubre ou periculosa, tratando-se, porém, de uma norma de eficiência limitada, carecendo de regulamentação por lei posterior para sua efetiva aplicação e garantia do direito. O legislador regulamentou os adicionais de insalubridade e periculosidade e por uma falha legislativa o adicional de penosidade, não menos importante, não foi mencionado. A falta de regulação do adicional de penosidade representa afronta clara ao contido no princípio da igualdade que não permite fazer diferenciação entre os seres, quiçá os trabalhadores.⁵⁵

O direito à isonomia e o tratamento igualitário vem sendo buscado desde o início dos tempos em sede de Direito do Trabalho, que passa desde a Declaração dos direitos do homem, aos tratados internacionais da OIT e principalmente ao contido na CLT e Constituição da República.

O não reconhecimento da isonomia de tratamento quanto aos adicionais representam um retrocesso legal que não ocorreu por falta de manifestação legislativa.

A isso tem que dar um fim, e o projeto de lei aqui apresentado seja convertido em lei e os trabalhadores encontre respaldo legal para a segurança jurídica quanto ao adicional de penosidade.

3.2 Da aplicabilidade do adicional de penosidade no ordenamento jurídico brasileiro

Diante da inexistência de norma que regulamente o adicional de penosidade, são diferenciadas as considerações sobre sua aplicação no Direito do Trabalho.

⁵⁵ DÁDIVA, Ítala. **Regulamentação do adicional de penosidade: uma forma de garantir a integridade física e psíquica do trabalhador.** Disponível em <https://italladadiva.jusbrasil.com.br/artigos/563789073/regulamentacao-do-adicional-de-penosidade-uma-forma-de-garantir-a-integridade-fisica-e-psiquica-do-trabalhador?ref=serp>. Acesso em 14 nov 2018.

Ainda que a Constituição da República tenha trazido de modo expresse a garantia do adicional, até os dias atuais não foi criada lei para sua regulamentação.

Assim os entendimentos não são unânimes permitindo que o trabalhador fique a mercê de entendimentos diferenciados para aplicação no caso concreto e com isso ter melhores condições de trabalho que refletem em melhores condições de vida.

Dentre as decisões que reconhecem a necessidade de existir o adicional de penosidade e sua devida regulamentação, a jurisprudência colacionada a qual se tem por marco teórico esclarece, jurisprudência do Tribunal Regional de Trabalho da 2ª Região:

FUNDAÇÃO ZOEBOTÂNICA DO RIO GRANDE DO SUL. ADICIONAL DE PENOSIDADE. BASE DE CÁLCULO. O adicional de penosidade está previsto no inciso XXIII do art. 7º da CF como direito fundamental dos trabalhadores urbanos e rurais, na mesma forma que os adicionais de insalubridade e periculosidade, no entanto, dependente de regulamentação em lei. A CLT, por sua vez, trata apenas das atividades insalubres ou perigosas (artigos 189 a 197). Como se observa, não existe uma legislação sobre a parcela. Via de regra, a parcela somente é devida aos trabalhadores que possuam norma coletiva prevendo o seu pagamento. Ocorre que, a partir da análise dos instrumentos normativos apresentados, não se observa tenha sido disciplinado que o adicional de penosidade. Sendo assim e considerando o princípio da legalidade administrativa, deve ser mantido o entendimento de que é devido o adicional de penosidade tendo por base de cálculo o Salário Base Recurso da parte autora a que se nega provimento.⁵⁶

No caso específico colacionado como marco teórico o reconhecimento de falta de legislação que regulamenta o adicional de penosidade faz com sua base de cálculo seja prejudicada, ao contrário do que ocorre com o adicional de insalubridade, por exemplo.

Mesmo sem a previsão legal houve o reconhecimento da existência do adicional de penosidade e conseqüentemente a condenação ao pagamento devido, que no caso concreto se deu embasado no salário base, ou seja, o contratual.

O Tribunal Regional Federal identificou a possibilidade de haver o reconhecimento do adicional de penosidade mesmo em se tratando de funcionário público

⁵⁶ BRASIL, TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO 2ª REGIÃO. nº 0020190-69.2015.5.04.0018 (RO) **Data:** 19/10/2017 **Órgão julgador:** 8ª Turma **Redator:** Francisco Rossal De Araújo. Acesso em 10/04/2018

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. ADICIONAL DE ATIVIDADES PENOSAS. ART. 71 DA LEI 8.112/90. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 339/STF. ART. 39, § 1º DA CF/88. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. 1. O art. 71 da Lei 8.112/1990 que instituiu o adicional de atividade penosa, pelo exercício em zonas de fronteiras ou em localidades cujas condições de vida o justifiquem, condicionou sua concessão à legislação específica, essa inexistente. 2. Reformada a sentença apelada que condenou a União a implantar o Adicional de Atividade Penosa em favor da parte autora até que sobrevenha regulamento específico para a categoria de servidores à qual se vincula. 3. Parte autora condenada ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes arbitrados em R\$ 1.000,00 (mil reais). 4. Apelação da União e remessa oficial providas.⁵⁷

Nesse caso o tribunal reconheceu a obrigatoriedade de reconhecimento do adicional de penosidade no caso específico, sob o risco de ocasionar prejuízos ao trabalhador.

Já que o ordenamento jurídico tem como escopo a criação de normas que visem harmonizar a convivência social, não há qualquer justificativa para a não existência de normas que regulamentem, de modo geral, o adicional de penosidade em nosso sistema legal.

Enquanto não ocorre os meios jurídicos trabalhistas que garantem o adicional de penosidade são utilizados, como o mandado de injunção, já que é destinado a efetivar os direitos, garantias e liberdades fundamentais do cidadão diante da omissão do Congresso Nacional ou de qualquer outra autoridade na regulamentação de preceitos constitucionais

A Constituição Federal, intitulada, Lei Maior, Carta Magna, Lei das leis, destaca como fundamento, dentre outros, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho. Desta feita, dignidade e trabalho têm um liame indissociável, o que significa dizer que o brasileiro tem direito ao trabalho digno, seguro e saudável. Neste diapasão, entende-se que é possível os Juízes do Trabalho, sob o manto do princípio protetor que comumente se utilizam para elaborar hermenêuticas com viés discricionário e ideológico, na concepção do trabalhador conhecido como hipossuficiente, permitir a imediata aplicabilidade das normas atinentes à penosidade, dentro dos moldes do princípio da dignidade da pessoa humana, do direito à saúde e ao trabalho digno⁵⁸

⁵⁷ BRASIL, TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL TRF-1 - AC: 00095314720124014100 0009531-47.2012.4.01.4100, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL GILDA SIGMARINGA SEIXAS, Data de Julgamento: 26/07/2017, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: 16/08/2017 e-DJF1

⁵⁸ COUTINHO, Edite. **Ativismo judicial e adicional de penosidade**. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11201. Acesso em 10 nov 2018

Assim, o empecilho para efetivação do direito ao adicional de penosidade, como tem sido aventado (falta de regulamentação), pode ser superado pela aplicação analógica das normas previdenciárias e do disposto no inciso V do artigo 5º da Constituição Federal, que assegura reparação proporcional ao agravo nos seguintes termos: ““É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem””.⁵⁹

Trata-se de cláusula geral de reparação, como pilar do Estado Democrático de Direito. Com efeito, um dos traços distintivos da Constituição da República em relação às normas infraconstitucionais é a supremacia e eficácia imediata das suas normas, especialmente quando se referem a direitos fundamentais, como é o caso da prevenção e reparação dos danos à saúde do trabalhador.⁶⁰

É de suma importância reconhecer o contido na Constituição da República que mesmo sendo datada de 1988 até os dias atuais não foi cumprida no sentido de regulamentar o adicional de penosidade.

Regulamentar o adicional de penosidade com a maior brevidade de tempo é indispensável para o cumprimento total do prescrito pelo princípio da proteção do trabalhador.

O Supremo Tribunal Federal manifestou após recebimento de inúmeros mandados de injunção sobre o aviso prévio proporcional indenizado, devendo ser aplicado a outros casos. Vejamos o que diz o site do Tribunal.

O Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, por unanimidade de votos, que a regra sobre o pagamento de aviso prévio estabelecida pela Lei nº 12.506, de 11 de outubro de 2011, deve ser aplicada a outros casos em andamento na Corte nos quais o tema é abordado. Previsto no artigo 7º, inciso XXI da Constituição Federal, o valor do aviso prévio estava pendente de regulamentação até a edição da Lei 12.506/11. Ao longo desse período, o tema foi questionado no STF por meio de vários mandados de injunção, nos quais trabalhadores exigiam uma solução para a omissão legislativa. A Constituição Federal prevê que os trabalhadores têm direito a aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias “nos termos da lei”. Vinte e três anos após a promulgação da Constituição de 1988, a Lei nº 12.506/11 estabeleceu que ao mínimo de 30 dias pagos ao trabalhador com até um ano de serviço na mesma empresa serão acrescidos três dias por ano de trabalho, até o máximo de 60 dias.⁶¹

⁵⁹ BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva. 2016, p.231.

⁶⁰ MELO, Raimundo Simão **O judiciário deve reconhecer o adicional de penosidade**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-abr-15/reflexoes-trabalhistas-possivel-cobrar-adicional-penosidade-mandado-injuncao>. Acesso em 10 nov 2018

⁶¹BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias STF: **Regras da Lei de Aviso Prévio são aplicadas a Mandados de Injunção em tramitação no STF**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=230144>. Acesso em 15 nov 2016

O julgamento foi proveniente do caso concreto constante no Mandado de Injunção nº 943, cuja relatoria foi do Ministro Gilmar Mendes que entendeu que diante da omissão legislativa os direitos dado ao trabalhador concernente ao aviso prévio deveria se estender àqueles que possuem demandas judiciais, por meio de mandado de injunção pleiteando outros direitos, como ocorre com o adicional de penosidade.

Ao emitir seu voto o ministro foi claro no sentido de afirmar que essa possibilidade consagra a segurança jurídica diante da omissão legislativa de direitos dos trabalhadores, que se obrigam a conseguir através do remédio constitucional do mandado de injunção.

Em seu voto, o ministro Gilmar Mendes salientou que o entendimento proposto em seu voto aplica-se tão somente àqueles Mandados de Injunção em trâmite no STF, não devendo se estender indiscriminadamente a disputas estabelecidas anteriormente à edição da Lei nº 12.506/11. “Registre-se que por segurança jurídica não é possível exigir-se a aplicação dos parâmetros trazidos pela Lei 12.506/11 para todas as situações jurídicas que se consolidaram entre a promulgação da Constituição e a edição da referida lei. Em primeiro lugar, a mora legislativa pressupõe certo lapso temporal de inação, que não estaria configurado tão logo promulgada a Constituição. Além disso, muitas situações se consolidaram de tal modo que a Constituição lhes atribui proteção a título de ‘ato jurídico perfeito’ ou de ‘coisa julgada’”, afirmou o ministro.⁶²

Não se pode olvidar que o trabalho em condições penosas ocasiona sérios riscos ao trabalhador e por isso deve sim ser considerado e analisado de modo minucioso a fim de que as lacunas existentes nesse sentido sejam preenchidas e a segurança jurídica preservada.

⁶² BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias STF: **Regras da Lei de Aviso Prévio são aplicadas a Mandados de Injunção em tramitação no STF.** Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=230144>. Acesso em 15 nov 2016

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalhador é peça fundamental na sociedade brasileira, diante do trabalho exercido que auxilia na manutenção da coletividade e da harmonia que existe, visto que exercendo sua função, ofício ou atividade além de proporcionar crescimento, o salário recebido a título de contraprestação movimenta a economia e permite cuidar de si e de seus familiares.

O objetivo de todo o ordenamento jurídico é manter a ordem social por meio de normas e regras de conduta que devem ser perseguidas e promovidas.

Em alguns casos, como acontece com o adicional de penosidade, ainda que o legislador constitucional tenha previsto expressamente no texto da Constituição da República, não existe qualquer norma que o regule.

Assim, quanto a eficácia estamos diante de norma de eficácia limitada e de caráter programático, pois foi programada para ser completada por outra legislação, o que não ocorreu.

O princípio da proteção ao trabalhador o reconhece como a parte hipossuficiente da relação laboral e dá todo o suporte que ele necessita para que a relação se enquadre nos modelos de proteção.

O ordenamento jurídico com seu caráter pleno assevera que não pode haver um caso sem que se tenha a solução, para isso o Direito de usar os princípios gerais, analogia, usos e costumes, direito comparado.

No entanto, em se tratando de adicional de penosidade essa não é a melhor opção. É a que vem sendo utilizada ante a lacuna existente com a falta de regulamentação.

Desse modo, é de suma importância a regulamentação do adicional de penosidade no ordenamento jurídico brasileiro com a finalidade de extinguir posicionamentos diferentes nesse sentido.

O trabalhador fica a mercê dos Sindicatos de categoria de classe para o reconhecimento, para aquela categoria do adicional de penosidade. Os que não tem vínculo com nenhum sindicato de classe não sabem como agir, ou sequer sabem se possuem ou não o direito ao recebimento do adicional.

A segurança jurídica deve existir em todo momento para que as pessoas saibam que diante de uma lide ou conflitos jurídicos existe todo um ordenamento voltado para a solução.

Diante da inexistência de norma que regulamente o adicional de penosidade, mesmo com a determinação constitucional para criação de lei específica, fica demonstrado a insegurança jurídica, já que cada caso será julgado de modo diferente, visto que o magistrado não tem uma base legal para proceder o julgamento

REFERÊNCIAS

ALEMÃO Ivan, **Adicional de insalubridade**. Disponível em <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/30175/29570>. acesso em 25 set 2018

ALEXANDRINO, Marcelo. Vicente Paulo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 3ed., São Paulo: Método, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 2004.

BRASIL, TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO TST - RR: 18666820145090069, Relator: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 23/08/2017, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/09/2017. Acesso em 18 nov 2018

BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA. *VadeMecum*. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL, ENUNCIADO 191 TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Disponível em http://www.dji.com.br/normas_inferiores/enunciado_tst/tst_0181a0210.htm. Acesso em 10 set 2018

BRASIL, LEI 13.300/2016. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13300.htm. Acesso em 17 nov 2018

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias STF: **Regras da Lei de Aviso Prévio são aplicadas a Mandados de Injunção em tramitação no STF**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=230144>. Acesso em 15 nov 2018

BRASIL, TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO 2ª REGIÃO. nº 0020190-69.2015.5.04.0018 (RO) **Data:** 19/10/2017 **Órgão julgador:** 8ª Turma **Redator:** Francisco Rossal De Araújo. Acesso em 10/04/2018

BRASIL, TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO- TRT-4 - RO: 00203803520165040232, Data de Julgamento: 11/07/2018, 5ª Turma. Acesso em 10 set 2018

BRASIL, TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL TRF-1 - AC: 00095314720124014100 0009531-47.2012.4.01.4100, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL GILDA SIGMARINGA SEIXAS, Data de Julgamento: 26/07/2017, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: 16/08/2017 e-DJF1

BRASIL, TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO Súmula 364. Disponível em http://www.dji.com.br/normas_inferiores/enunciado_tst/tst_0361a0390.htm#sumula-364. Acesso em 10 set 2018

BRASIL, TRT4 RO 00009226520115040601 RS 0000922-65.2011.5.04.0601 **Relator** JOÃO GHISLENI FILHO. Data do julgamento 8 de dezembro de 2016. Data da publicação 10 de dezembro de 2016

BULOS, UadiLammêgo. *Curso de direito constitucional*. 2ed., São Paulo: Saraiva.2014..

¹ CÂMARA DOS DEPUTADOS- PL Nº9341/2017. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoes/fichadetramitacao?idProposicao=2166178>. Acesso em 14 nov 2018

CAVALCANTE, Felipe. **Salários e remunerações**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/60740/reforma-trabalhista-salario-e-remuneracao>. Acesso em 18 set 2018.

COUTINHO, Edite. **Ativismo judicial e adicional de penosidade**. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11201. Acesso em 10 nov 2018

DÁDIVA, Ítala. **Regulamentação do adicional de penosidade: uma forma de garantir a integridade física e psíquica do trabalhador**. Disponível em <https://italladadiva.jusbrasil.com.br/artigos/563789073/regulamentacao-do-adicional-de-penosidade-uma-forma-de-garantir-a-integridade-fisica-e-psiquica-do-trabalhador?ref=serp>. Acesso em 14 nov 2018.

José Augusto Rodrigues Pinto, **Processo Trabalhista de Conhecimento**, 5ª ed. São Paulo: LTr, 2000,

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

MALLET, Estevão **Igualdade, discriminação e direito do trabalho**. Disponível em <https://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/acervo/Doutrina/artigos/Revista%20do%20Tribunal%20Superior%20do%20Trabalho/2010/n%203/Igualdade,%20discrimina%C3%A7%C3%A3o%20e%20Direito%20do%20Trabalho.pdf>. Acesso em 15 nov 2018.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**.27 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MATTOS, Ricardo Pereira. **Periculosidade por energia elétrica**. Disponível em <http://www.ricardomattos.com/periculosidade.htm>. Acesso em 10 set 2018

MELO, Raimundo Simao **O judiciário deve reconhecer o adicional de penosidade**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-abr-15/reflexoes-trabalhistas-possivel-cobrar-adicional-penosidade-mandado-injuncao>. Acesso em 10 nov 2018

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro, **Curso de Direito do Trabalho**, 23 ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação do Direito do Trabalho** 34 ed., São Paulo: LTr, 2015.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed., São Paulo: Malheiros, 2013.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, SÚMULA 265. Disponível em http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-265. Acesso em 20 set 2018.

VIANA, Selma de Moura Godinho. **o adicional de penosidade**. Disponível em <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1970384/o-que-se-entende-por-adicional-de-penosidade-selma-de-moura-galdino-vianna>. Acesso em 20 set 2018