

PRISCILA CARVALHO PINTO

**TRABALHO PENOSO: Omissão Legislativa e a
possibilidade de questionamentos por parte do cidadão**

BACHARELADO

EM

DIREITO

FIC-MINAS GERAIS

2013

PRISCILA CARVALHO PINTO

**TRABALHO PENOSO: Omissão Legislativa e a
possibilidade de questionamentos por parte do cidadão**

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito das Faculdades Integradas de Caratinga como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do professor Oscar Alexandre Teixeira Moreira.

FIC-CARATINGA

2013

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	10
CAPÍTULO 1. TRABALHO PENOSO E SUA REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA	14
1.1. Conceito de Trabalho Penoso	14
1.1.1. Exemplos de Trabalho Penoso	15
1.2. As controvérsias do trabalho penoso no ordenamento jurídico.	17
1.3. O valor do Trabalho no sistema constitucional	19
1.4. Adicional de penosidade	21
CAPÍTULO 2. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO DIREITO DO TRABALHO	23
2.1 Princípio Fundamental	23
2.2 Dignidade da pessoa humana no trabalho penoso	25
2.3 Tratamento análogo ao de escravo	27
CAPÍTULO 3. APLICABILIDADE DO MANDADO DE INJUNÇÃO PARA O TRABALHO PENOSO	29
3.1 O mandado de injunção como garantia constitucional	29
3.2 Possibilidade do efeito <i>erga omnes</i> para o mandado de injunção	32
3.3 Diferença entre Mandado de Injunção e Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão	35
CONSIDERAÇÕES FINAIS	38
REFERÊNCIA BIBLIOGRAFIA	39
ANEXOS	44

RESUMO

O presente estudo inicia-se como análise sobre a falta de regulamentação a respeito do Tema Trabalho Penoso, e as Possíveis Medidas Jurídicas para a solução da questão do trabalhador que labora em condições penosas, devendo ser discutido o seguinte problema de pesquisa: o Mandado de Injunção, ao gerar efeitos *inter partes* é instrumento hábil para a garantia da proteção ao interesse de uma classe de trabalhadores diante da omissão legislativa na regulamentação do adicional de penosidade previsto no art. 7º, XXIII, CR/88? Diante do problema de pesquisa, é possível estabelecer a seguinte hipótese enquanto possibilidade de resolução do problema: a viabilidade da equiparação dos efeitos do Mandado de Injunção com a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, gerando efeitos *erga omnes*. Então, para a melhor celeridade e economia processual garantindo o melhor interesse do trabalhador, é viável que os efeitos do Mandado de injunção, ao invés de *inter partes* possam funcionar *erga omnes*, tendo em vista que esse remédio constitucional tem como legitimado principal o cidadão individual ou até mesmo uma classe de cidadãos (Mandado de Injunção Coletivo), possibilitando ao próprio trabalhador a chance de impetrar o mandado de injunção.

Palavras-chave: Trabalho Penoso; Dignidade da Pessoa Humana; Mandado de Injunção.

AGRADECIMENTO

Agradeço primeiramente a Deus por ter me concedido o dom da vida, por me guiar e me dar força para chegar até aqui.

Aos meus pais Jair e Almerinda, que sempre me incentivaram e apoiaram incondicionalmente, em minha caminhada, indo além de seus limites para a concretização deste sonho. Obrigada por cada incentivo e orientação que me deram.

Agradeço ao meu noivo Tiago, pelo amor, carinho, paciência e compreensão que sempre me dedicou.

Agradeço a todos meus amigos em especial a minha amiga Joicy, que sempre esteve presente, me auxiliando nos momentos que precisei.

Agradeço a todos os professores que contribuíram na minha vida acadêmica, em especial o professor Oscar Alexandre que se dedicou em orientar o presente trabalho.

Enfim agradeço a todos que de alguma forma foram fundamentais para a realização deste trabalho.

DEDICATÓRIA

Dedico está conquista aos meus queridos pais, que se fazem realizados com minha vitória.

Que sempre almejaram esse sonho, que hoje se torna realidade.

E mesmo a tantas dificuldades, nunca deixaram de acreditar em um futuro melhor para mim.

De modo especial, muito obrigado!

“Que os vossos esforços desafiem as impossibilidades, lembrai-vos de que as grandes coisas do homem foram conquistadas do que parecia impossível”.

Charles Chaplin

INTRODUÇÃO

A presente monografia cujo tema é “trabalho penoso: Omissão Legislativa e a possibilidade de questionamentos por parte do cidadão” têm como objetivo analisar a possibilidade de suprir a lacuna existente com a regulamentação do adicional de penosidade no Direito do Trabalho, com a análise das possíveis medidas jurídicas para a proteção do trabalhador que labora em condições penosas.

Abordando a possibilidade de impetrar o mandado de injunção, com intuito de sanar a omissão legislativa a respeito do tema e vincular a ele, o efeito da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ou seja, gerando assim o efeito *erga omnes*. Tendo em vista, que apesar do mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, serem remédios constitucionais distintos, ambos objetivam combater a inércia do poder legislativo relativo com a regulamentação de normas infraconstitucionais, que possibilita o efetivo exercício do direito.

Em relação a presente pesquisa, tem-se como metodologia a confecção de pesquisa teórico-dogmática, haja vista a necessidade de explicação de cunho bibliográfico. Em face do universo discutido, o trabalho se revela transdisciplinar e interdisciplinar, uma vez que aborda discussões envolvendo não só o direito do trabalho, mas também envolve o direito constitucional.

Como marco teórico, têm-se as ideias sustentadas pelo doutrinador Kildare Gonçalves Carvalho (2011), cuja tese central é a aplicação do efeito *erga omnes* para o Mandado de Injunção.

Entende-se como relevante o presente estudo, pois ainda não existe a proteção legal necessária para o trabalhador que exerce suas atividades em condições penosas, deixando-os vulneráveis ao bom senso do empregador. Em virtude de tal problema é necessário que o trabalhador esteja amparado por legislações de eficácia plena.

Logo o objetivo principal da presente pesquisa, é o de sanar a omissão legislativa, relativo ao adicional de penosidade, utilizando o mandado de injunção, que ao gerar efeitos *erga omnes* estará garantido o melhor interesse de toda a classe de trabalhadores.

No decorrer do trabalho deverá ser discutido, o conceito de trabalho penoso, suas controvérsias no ordenamento jurídico brasileiro, o valor social do trabalho, analisando o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, questionando a possibilidade de

aplicar o mandado de injunção com efeito *erga omnes*, com o objetivo de regulamentar o adicional de penosidade nas relações de trabalho.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

No presente estudo será abordado, as controvérsias do trabalho penoso em nosso ordenamento jurídico, analisando o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, a saúde do trabalhador e os efeitos gerados pelo mandado de injunção. Entende-se como relevante a presente pesquisa, uma vez que o trabalhador deverá estar sempre amparado e respeitado em todos seus direitos.

E para que isso ocorra é necessário que o trabalhador esteja sustentado por legislações de eficácia plena, pois apesar da Constituição da República Federativa do Brasil estabelecer em seu art. 7º XXIII o direito ao adicional de penosidade, tal norma não possui efeito imediato (norma de eficácia limitada), pois ela necessita de outra norma infraconstitucional que a regule. Segundo Pedro Lenza pode-se definir a norma de eficácia limitada da seguinte forma “*são aquelas que, de imediato, no momento em que a constituição é promulgada, não tem o condão de produzir todos os efeitos, precisando de uma lei integrativa infraconstitucional*”¹. Logo para gerar efeitos imediatos é necessário que o órgão responsável, se manifeste com outra norma que a complemente.

A respeito do trabalho penoso, Ms. Douglas Marcus em seu artigo “A Tutela Jurídica no Meio Ambiente do Trabalho Penoso e a Necessidade de Regulamentação do Adicional Previsto no Artigo 7.º, inciso XXIII da Constituição Federal”, conceitua-o da seguinte forma:

O trabalho penoso é aquele que pode ser definido como inadequado às condições físicas e psicológicas dos trabalhadores, provocando um incômodo, sofrimento ou desgaste à saúde do trabalhador no ambiente de trabalho, este por sua vez, superior ao decorrente do trabalho normal, não se confundindo com o perigoso e nem o insalubre, mas podendo somar-se a estes por ter um reflexo maior na vida do trabalhador, carecendo de regulamentação em nosso ordenamento jurídico².

O exercício de atividades penosas fere o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, tendo em vista, que em vários casos o trabalhador é submetido pelo empregador a determinadas práticas abusivas. Considera-se tal princípio como um valor supremo, ou seja, em caso de descumprimento será afetado o fundamento do Estado democrático de direito

¹LENZA, Pedro. **Direito constitucional Esquematizado**. 14 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva 2010. p. 180.

² MARCUS, Douglas. **A Tutela Jurídica no Meio Ambiente do Trabalho Penoso e a Necessidade de Regulamentação do Adicional Previsto no Artigo 7.º, inciso XXIII da Constituição Federal**. Disponível em <<http://professordouglasmarcus.blogspot.com.br/2010/02/tutela-juridica-no-meio-ambiente-do.html>> Acesso em 04 de outubro de 2013.

conforme estabelece o artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil que diz “*Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana*”³. O intuito é que o trabalhador seja tratado como sujeito titular de seus direitos.

Para Christiani Marques, o princípio da dignidade da pessoa humana é inalienável e irrenunciável ao trabalhador, com objetivo de reduzir e prevenir os riscos no ambiente de trabalho, bem como doença e acidentes, e o valor máximo que é a própria vida. E classifica-o da seguinte forma:

É absoluto, fundamental e intangível, porque não permite qualquer relativização. E mais não depende de regulamentação pode estar implícito ou explícito, não necessita de vigência, eficácia e validade, elementos condicionantes das normas, pois assume a feição de princípio e, por isso, outorga como valor fundamental de maior pretensão de eficácia e efetividade⁴.

E por estar o trabalhador exposto ao ambiente de trabalho, é importante que a saúde, tanto física, quanto psíquica do trabalhador esteja sempre preservada, pois as doenças que estiverem vinculadas à condição do trabalho, estas por sua vez, serão de responsabilidade do empregador, pois ele deve estabelecer mecanismos para a prevenção, ou uma possível extinção dos riscos ao empregado, conforme estabelece o artigo 7º inciso XXVIII, da CR/88: “*São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXVIII. Seguro contra acidentes e trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa*”⁵.

No mesmo entendimento o artigo 2º da lei 8.080 de 19 de setembro de 1990 traz a seguinte redação:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.
 § 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.
 § 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade⁶.

³BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 06 de novembro de 2013.

⁴ MARQUES, Christiani. **A proteção ao trabalho penoso**. São Paulo: LTr, 2007, p. 45.

⁵BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 06 de novembro de 2013.

⁶ BRASIL. **LEI 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

E para que o trabalhador esteja totalmente protegido, é interessante a equiparação dos efeitos do mandado de injunção com os efeitos da Ação direta de inconstitucionalidade por omissão gerando, portanto o efeito *erga omnes*, pois dessa forma os efeitos protegeriam toda classe de trabalhadores que exercem suas atividades sob condições penosas.

Encontra-se fundamento para tal pretensão nas ideias de Kildare Gonçalves Carvalho. “Assim decidindo, quer nos parecer que o Supremo Tribunal Federal adotou a tese de que os efeitos do mandado de injunção são análogos aos da inconstitucionalidade por omissão (...)”⁷.

Acrescenta ainda a posição da corrente concretista geral: “A corrente concretista geral significa que a decisão judicial terá efeitos *erga omnes*, implementando o exercício da norma constitucional, atribuindo-lhe caráter geral até que a omissão seja suprida pelo poder competente.”⁸

Nesse caso apesar do mandado de injunção ser um remédio constitucional, classificado por Luiz Carlos de Souza Auricchio como “*instrumento de efetivação das normas constitucionais de eficácia limitada*”⁹ que possui o objetivo “*de suprir uma omissão do Poder Público, no intuito de viabilizar o exercício de um direito, uma liberdade ou uma prerrogativa prevista na Constituição Federal*”¹⁰ que se tornou impossível devido à falta de regulamentação, e por ser o legitimado qualquer cidadão, mesmo assim ele não atinge objetivo almejado ao gerar efeito *inter partes*, pois dessa forma apenas a classe que ingressar com o Mandado de Injunção, será beneficiado. Sendo, portanto viável o efeito *erga omnes* para que todos trabalhadores sejam amparados pelo Mandado de Injunção.

Apesar de não ser entendimento pacífico a jurisprudência já se manifestou em alguns casos da seguinte forma:

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA Concessão mediante simples pedido da parte Impugnação inconsistente Precedentes do TJ Benefício mantido Incidente de impugnação negado. MANDADO DE INJUNÇÃO Impetração por servidor público (dentista) do Município de São Sebastião Secretaria da Saúde Aposentadoria especial Ausência de norma regulamentar expedida pelo ente municipal Matéria já apreciada e decidida pelo Colendo Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo em questões semelhantes do Estado e da Capital Concessão da injunção a fim

Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18.080.htm> Acesso em 02 de maio de 2013.

⁷ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 17 ed. rev. Atual e ampli. Belo Horizonte: Del Rey. 2011. p. 782.

⁸ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 17 ed. rev. Atual e ampli. Belo Horizonte: Del Rey. 2011. p. 783.

⁹ AURICCHIO, Luiz Carlos de Souza. **Exame da OAB Nacional**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 57.

¹⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 179.

de atribuir efeito *erga omnes* para aplicação da previsão do art. 57 da Lei nº 8.213/91 aos servidores da saúde do Município de São Sebastião Precedente do E. STF, MI 721 INJUNÇÃO CONCEDIDA.578.213 (4880525820108260000 SP 0488052-58.2010.8.26.0000, Relator: J. M. Ribeiro de Paula, Data de Julgamento: 28/09/2011, 12ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 30/09/2011)¹¹.

Pedro Lenza confirma que a posição concretista geral adota os efeitos *erga omnes* para o mandado de injunção. “*através de normatividade geral, o STF legisla no caso concreto, produzindo a decisão efeitos erga omnes até que sobrevenha norma integrativa pelo legislativo*”¹². Portanto até que seja sanada a omissão, os efeitos deverão atingir a toda classe de trabalhadores.

¹¹BRASIL. 12ª Câmara de Direito Público. Mandado de Injunção, 4880525820108260000 SP 0488052-58.2010.8.26.0000, Relator: J. M. Ribeiro de Paula, Data de Julgamento: 28/09/2011, 12ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 30/09/2011 Disponível em www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20509989/mandado-de-injunção-mi-4880525820108260000-sp-0488052-5820108260000-tjsp> Acesso em 02 de maio de 2013.

¹²LENZA, Pedro. **Direito constitucional Esquematizado**. 14 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva 2010. p. 819.

CAPÍTULO 1. TRABALHO PENOSO E SUA REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA

Neste primeiro capítulo será abordado o possível conceito de trabalho penoso junto com apresentação de exemplos, analisando as controvérsias do trabalho penoso em nosso ordenamento jurídico, destacando o valor social do trabalho e apresentando o adicional de penosidade.

1.1. CONCEITO TRABALHO PENOSO

Importante a conceituação do trabalho penoso para analisar se o ambiente de trabalho está adequado, se existe atividade penosa e para observar se a atividade fere o princípio da dignidade da pessoa humana do trabalhador¹³. Mas antes de expor o conceito da expressão trabalho penoso interessante à conceituação do trabalho de forma geral, tendo em vista que não existe uma definição legal sobre o trabalho penoso. No dicionário da língua portuguesa encontra-se seu conceito da seguinte forma: “*aplicação de atividade física ou intelectual; serviço; esforço; fadiga; ocupação, emprego; produto de uma força pela distância percorrida pelo ponto de aplicação na direção da força: exercício; obra feita ou em vias de execução*”¹⁴. Portanto percebe-se que trabalho é todo aquele esforço físico ou mental, aplicado com intuito de alcançar determinado objetivo.

E a respeito do conceito de penoso encontra-se no dicionário da língua portuguesa como tudo aquilo: “que causa pena: que incomoda: doloroso difícil”¹⁵. José Augusto Rodrigues Pinto conceitua penoso com os seguintes argumentos:

Pelos dicionários, penoso é o “doloroso, difícil, que incomoda. O que tudo indica, a finalidade do legislador foi de reparar os riscos de certos trabalhos, que alinham numa zona difusa entre insalubridade e a periculosidade, sem expor todas as descrições identificadoras de nenhuma delas, mas expondo a saúde ou a condição física do empregado a uma ameaça de dano potencial, que justifica a proteção indenizatória¹⁶”.

¹³ MARQUES, Christiani. **A proteção ao trabalho penoso**. São Paulo: LTr, 2007, p. 61.

¹⁴ BUENO, Francisco da Silveira. **Minidicionário da língua portuguesa**; ed. Ver. E atual, por Helena Bonito C. Pereira, Rena Signer. – São Paulo: FTD: LISA, 1996, p. 495.

¹⁵ BUENO, Francisco da Silveira. **Minidicionário da língua portuguesa**; ed. Ver. E atual, por Helena Bonito C. Pereira, Rena Signer. – São Paulo: FTD: LISA, 1996, p. 495.

¹⁶ PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de Direito Material do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2007, p.426.

Então por penoso, pode-se concluir como toda e qualquer atividade que por seu desenvolvimento traga ao trabalhador um alto índice de desgaste.

Portanto pela expressão trabalho penoso pode-se definir pela a junção do significado das duas palavras, como prática de atividade física ou intelectual que causa pena, que incomoda. Ms. Douglas Marcus, conclui que:

O trabalho penoso é aquele que pode ser definido como inadequado às condições físicas e psicológicas dos trabalhadores, provocando um incômodo, sofrimento ou desgaste à saúde do trabalhador no ambiente de trabalho, este por sua vez, superior ao decorrente do trabalho normal, não se confundindo com o perigoso e nem o insalubre, mas podendo somar-se a estes por ter um reflexo maior na vida do trabalhador, carecendo de regulamentação em nosso ordenamento jurídico¹⁷.

Christini Marques define o trabalho penoso da seguinte forma:

Como aqueles relacionados 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 ansiedade¹⁸.

Logo conclui-se que Trabalho Penoso é toda aquela atividade considerada, árdua, que causa incômodo, sofrimento, dor, exaustão não só pelo esforço físico praticado, mas também pelo alto nível de concentração, de dedicação, desenvolvida pelo trabalhador.

1.1.1. Exemplos de Trabalho Penoso.

Apesar de não existir uma conceituação legal devido à ausência normativa, são considerados exemplos de atividades penosas toda aquela atividade que expõe o trabalhador ao alto índice de desgaste físico ou mental, ou o serviço que expõe o trabalhador, a cumprir metas de difícil alcance, que conforme entendimento jurisprudencial gera ao empregado o direito à indenização.

¹⁷ MARCUS, Douglas. **A Tutela Jurídica no Meio Ambiente do Trabalho Penoso e a Necessidade de Regulamentação do Adicional Previsto no Artigo 7.º, inciso XXIII da Constituição Federal.** Disponível em <<http://professordouglasmarcus.blogspot.com.br/2010/02/tutela-juridica-no-meio-ambiente-do.html>> Acesso em 04 de outubro de 2013.

¹⁸ MARQUES, Christiani. **A proteção ao trabalho penoso.** São Paulo: LTr, 2007, p. 64.

TRT-PR-20-10-2009 ASSÉDIO MORAL. METAS DE DIFÍCIL ALCANCE E CONDIÇÕES DE TRABALHO PENOSAS. DANO MORAL CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. O trabalho, garantia constitucional expressa no caput do art. 6º, não significa apenas direito ao exercício de uma atividade remunerada, à colocação no mercado de trabalho, mas ao efetivo desempenho de atividades. A premissa é de que, além do salário para satisfazer as necessidades próprias e da família, o trabalhador tem direito a resguardar a imagem de elemento produtivo. A imposição de metas de extrema dificuldade e o ambiente de trabalho hostil abalam a auto-estima do empregado e podem fazer com que, frustrado pelo insucesso no cumprimento das ordens, termine por aceitar ou mesmo pedir o desligamento. O dano moral é inegável e deve ser indenizado. Recurso provido para condenar a ré ao pagamento da indenização pleiteada¹⁹

O Tribunal Regional do Trabalho 3º região reconheceu as atividades do Bancário como penosas.

BANCÁRIO. JORNADA. O legislador, ao estabelecer jornada diferenciada para os trabalhadores bancários (CLT, caput do artigo 224), levou em consideração as condições de trabalho penosas inerentes a tais atividades, protegendo, antes de tudo, a saúde da referida categoria profissional, ao mesmo tempo em que excepcionou da proteção os ocupantes de função de maior relevância e responsabilidade. É razoável e recomendável que a Caixa Econômica Federal estimule os seus funcionários, oferecendo-lhes gratificações e outras vantagens remuneratórias, considerando a política de absoluta desvalorização do salário referente ao cargo efetivo desempenhado pela totalidade de seus empregados (...)²⁰

Uma vez que a jurisprudência já se posicionou em relação à obrigação de indenizar, pode-se presumir o direito ao benefício do adicional de penosidade tendo em vista seu caráter indenizatório, compensatório.

Outro exemplo de atividade penosa é o do cortador de cana que se expõe a exercícios repetitivos, ao excessivo calor do sol, em muitos casos eles também são submetidos a cumprir metas de difícil alcance. Neste exemplo a Jurisprudência também já se manifestou a respeito.

CORTADOR DE CANA. PENOSIDADE DO TRABALHO. ATIVIDADE DE RISCO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. As posições forçadas, gestos repetitivos, ritmo de trabalho penoso e condições difíceis de trabalho são agentes etiológicos ou fatores de risco de natureza ocupacional previstos no Decreto nº 3.048, de 06 de março de 1999, anexo II, lista B, acarretadores de doenças do

¹⁹BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho**. TRT-9 49382007195900 PR 4938-2007-195-9-0-0, Relator: MARLENE T. FUVERKI SUGUIMATSU, 2A. TURMA, Data de Publicação: 20/10/2009, Disponível em <<http://trt-9.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18914498/49382007195900-pr-4938-2007-195-9-0-0-trt-9>> Acesso em 04 de outubro de 2013.

²⁰BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho**. Recurso Ordinário. TRT-10 - RO: 1231200800810002 DF 01231-2008-008-10-00-2, Relator: Juiz Grijalbo Fernandes Coutinho, Data de Julgamento: 02/06/2009, 3ª Turma, Data de Publicação: 12/06/2009. Disponível em: <<http://trt-10.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8774537/recurso-ordinario-ro-1231200800810002-df-01231-2008-008-10-00-2>> Acesso em 01 de outubro de 2013.

sistema osteomuscular e tecido conjuntivo, relacionadas com o trabalho. Todas essas características estão presentes, de forma conjunta, no trabalho executado pelos cortadores de cana, cujo labor, sem sombra de dúvida, oferece risco grave de acidentes, favorecendo posições inadequadas aliadas a forte esforço físico, o que pode levar inclusive a morte por exaustão. Assim, basta apenas a comprovação do nexo de causalidade da lesão com a atividade profissional desenvolvida para que seja devida a reparação, uma vez que o caso atrai a aplicação do preceito do art. 927, parágrafo único, do Código Civil Brasileiro, que trata da responsabilidade objetiva.

(TRT-18 1043200817118005 GO 01043-2008-171-18-00-5, Relator: ALDON DO VALE ALVES TAGLIALEGNA, Data de Publicação: DJ Eletrônico Ano III Nº 104, de 16.6.2009, pág. 17.)²¹

As atividades citadas, não esgotam todas as práticas de atividades penosas. Pelo contrário elas são apenas alguns exemplos de tais práticas. Entretanto podem-se usar tais exemplos como referência para a identificação de novas práticas. Tendo em vista que todas mencionadas causam ao trabalhador, alto índice de ansiedade, de angústia, de sofrimento para o empregado.

1.2 AS CONTROVÉRSIAS DO TRABALHO PENOSO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

A constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabeleceu em seu art. 7º XXIII o direito ao trabalhador em ser beneficiado pelo adicional de insalubridade, de periculosidade e o de penosidade com os seguintes termos.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei²².

Entretanto a Consolidação das Leis Trabalhista (CLT) apenas inseriu em sua redação o adicional de insalubridade e periculosidade conceituando a insalubridade como as atividades que traga risco a saúde e a periculosidade como aquela atividade que expõe o empregado ao risco iminente (ex. explosões). Na Lei (CLT) encontra-se o conceito nos artigos 189 e 193:

²¹BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho**. 1043200817118005 GO 01043-2008-171-18-00-5, Relator: ALDON DO VALE ALVES TAGLIALEGNA, Data de Publicação: DJ Eletrônico Ano III Nº 104, de 16.6.2009, pág. 17. Disponível em <<http://trt-18.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18888741/1043200817118005-go-01043-2008-171-18-00-5>> Acesso em 04 de outubro de 2013.

²²BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Vade Mecum. 6. Ed. Atual. E ampl. –São Paulo: Saraiva, 2011, p. 14.

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 efeitos²³.

Art. 193. São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a: (Alterado pela L-012.740-2012)

I – inflamáveis, explosivos ou energia elétrica; (Acrescentado pela L-012.740-2012)

II - roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial²⁴.

Porém, não houve nenhuma manifestação a respeito do adicional de penosidade, o que impossibilita sua aplicação.

Será considerado penoso o trabalho árduo, sofrido, que expõe o trabalhador ao grande esforço físico ou mental, em Santa Catarina já está sendo aplicado o adicional de penosidade, porém conceituado como gratificação, ele é aplicado através do decreto n.4307 de 28 de Fevereiro de 1994, que estabelece que o servidor público estadual terá a direito a gratificação por prestações de serviços em locais penosos, insalubres ou com risco de vida. (anexo 1).

Em Minas Gerais também está sendo aplicado por meio de decreto n. 39.032 de 08 de setembro de 1997 o adicional para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas do Estado. (anexo 2)

Já existiram vários projetos de lei a respeito do tema, entre eles o PL 326/ 1983²⁵, estabelecia que o serviço dos profissionais barbeiros e cabeleireiros eram considerados como atividade penosa. Dentre eles também está o projeto de lei n° 258/1975²⁶, considerando atividade insalubre e penosa os serviços de limpeza, asseio e conservação, e da outras providências.

A Lei de N° 7.850, de Outubro de 1989, já revogada pela Lei n° 9.528, de 10 de Dezembro de 1997, estabelecia que para efeitos de aposentadoria, o serviço de telefonista se classificava como trabalho penoso. A redação era da seguinte forma:

²³ BRASIL. **Consolidação das Leis Trabalhistas**. Vade Mecum. 6. Ed. Atual. E ampl. –São Paulo, 2011. p. 815.

²⁴ BRASIL. **Consolidação das Leis do trabalho**. Disponível em <www.dji.com.br/decretos_leis/1943-005452-clt/clt189a197.htm> Acesso em 08 de outubro de 2013.

²⁵CAMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei**. Disponível em: <www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=175083> Acesso em 04 de outubro de 2013.

²⁶CAMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei**. Disponível em: <www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=173962> Acesso em 04 de outubro de 2013.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA. Faço saber que Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º - É considerada penosa, para os efeitos da concessão da aposentadoria especial prevista no art. 9º da Lei nº 5.890, de 8 de junho de 1973, a atividade profissional de telefonista, onde quer que seja exercida.

Parágrafo único. A aposentadoria especial referida no "caput" deste artigo será concedida pela Previdência Social ao profissional que complementar 25 (vinte e cinco) anos de efetivo exercício da atividade de telefonista.

Art. 2º - O Poder Executivo regulamentará esta Lei no prazo de 60 (sessenta) dias.

Art. 3º - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 4º - Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 23 de outubro de 1989; 168º da Independência e 101º da República²⁷.

Hoje pode-se encontrar a previsão do adicional no Art. 71 da Lei 8.112 de 11 de Dezembro de 1990. Que determina “*Art. 71. O adicional de atividade penosa será devido aos servidores em exercício em zonas de fronteira ou em localidades cujas condições de vida o justifiquem, nos termos, condições e limites fixados em regulamento*”²⁸.

Logo, percebe-se a extrema importância da regulamentação do adicional, com intuito de amenizar no que for possível o sofrimento causado ao trabalhador.

1.3 VALOR SOCIAL DO TRABALHO

Não há o que questionar que o trabalho é a condição de subsistência do ser humano, com base nesse raciocínio deve-se estar sempre respeitada à dignidade do trabalhador, pela necessidade do homem de prover seu sustento. Alice Monteiro de Barros define as condições de trabalho que não são adequadas à capacidade do empregado:

Em geral, as condições em que se realiza o trabalho não estão adaptadas à capacidade física e mental do empregado. Além de acidente do trabalho e enfermidades profissionais, as deficiências nas condições em que ele executa as atividades geram tensão, fadiga, e a insatisfação, fatores prejudiciais à saúde. Se não bastasse, elas provocam, ainda, o absenteísmo, instabilidade no emprego e queda na produtividade²⁹.

Mauricio Godinho Confirma o quanto é fundamental a regulamentação através de normas eficazes para inserir o trabalhador no meio socioeconômico:

²⁷ BRASIL. **Presidência da República.** Considera penosa, para efeito de concessão de aposentadoria especial aos 25 (vinte e cinco) anos de serviço, a atividade profissional de telefonista. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7850.htm> Acesso em 04 de outubro de 2013.

²⁸ BRASIL. **Presidência da República.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm> Acesso em 04 de outubro de 2013.

²⁹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho.** 8 ed. São Paulo: LTr: 2012. p. 838.

O emprego, regulado e protegido por normas jurídicas, desponta, desse modo, como o principal veículo de inserção do trabalhador na arena socioeconômica capitalista, visando a propiciar-lhe um patamar consistente de afirmação individual, familiar, social, econômica e, até mesmo, ética³⁰.

E por se tratar de condição de subsistência e por ser fundamental a prática humana de determinadas atividades, essas por sua vez deverão preservar a dignidade tanto no ambiente de trabalho (parte física com higiene, instalações adequadas), quanto às atividades laborais propriamente ditas.

A Jurisprudência já se manifestou favorável a respeito do dano moral relativo às deficiências físicas do local de trabalho, pois segundo ela a ausência de instalações sanitárias e de locais adequados para as refeições, fere claramente o princípio da dignidade da pessoa humana.

TRT-PR-08-11-2011 DANO MORAL. AUSÊNCIA DE INSTALAÇÕES SANITÁRIAS E LOCAL APROPRIADO PARA REFEIÇÕES. INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DO VALOR SOCIAL DO TRABALHO. O trabalho tem por finalidade, essencialmente, conferir dignidade ao ser humano, traduzindo uma das formas de exteriorização da cidadania, não se podendo considerá-lo apenas em seu aspecto econômico. Nesta linha, a ausência de local apropriado para refeições e de instalações sanitárias no trabalho realizado em obras ao longo de rodovias, atenta contra a exigência normativa de condições mínimas e dignas de higiene e saúde, em especial aquelas previstas na NR-31, além de violar princípios fundamentais estabelecidos na Carta Magna, notadamente a prevalência da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho (incisos III e IV do art. 1º). Dano moral caracterizado e indenização devida, com fundamento no art. 186 do Código Civil e no art. 5º, V e X, da Constituição Federal. Recurso ordinário da Reclamada a que se nega provimento³¹.

Como visto é necessário que o ambiente laboral esteja devidamente adequado para o exercício das atividades diárias, com condições dignas para o bom desempenho das práticas trabalhistas.

³⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de Direito individual e coletivo de trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 36.

³¹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. Dano Moral. TRT-9 4012010669900 PR 401-2010-669-9-0-0, Relator: UBIRAJARA CARLOS MENDES, 1A. TURMA, Data de Publicação: 08/11/2011 Disponível em <<http://trt-9.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20713810/4012010669900-pr-401-2010-669-9-0-0-trt-9>> Acesso em 08 de outubro de 2013.

1.4 ADICIONAL DE PENOSIDADE

Como já mencionado sua previsão legal se encontra no art.7º XXIII da Carta Magna, mas ainda não possui norma infraconstitucional que o regulamente. O adicional possui caráter indenizatório por expor o trabalhador a algum tipo de risco, ou mesmo a simples exposição a uma atividade que seja desgastante ao empregado. Fernando Cesar Nogueira conceituou o adicional. Para ele os adicionais: “São os valores que o empregado recebe sempre que trabalha em uma condição mais difícil do que o usual”³².

Christiani Marques estabelece a natureza jurídica do adicional com as seguintes palavras:

O adicional é um *plus*, um acréscimo, pago juntamente com o salário, em decorrência de o trabalhador exercitar sua atividade em situação desvantajosa de ordem moral ou material. Além disso, o adicional limita o poder diretivo do empregador porque, na hipótese da existência de tal condição desvantajosa, não há proibição da condição de trabalho, mas limitação a ela. Desta feita, de um lado está o poder de direção do empregador e de outro a necessidade de compensar o trabalhador de algum encargo menos favorável. E acima dos dois interesses, figura a proteção à pessoa do trabalhador³³.

Importante frisar que a aplicação do adicional não é o bastante para reparar os desrespeitos em face do trabalhador, mas o intuito é de compensar (indenizar) de forma financeira, pelas práticas de atividades mais desgastantes que as habituais.

Já no entendimento de Pedro Paulo Teixeira Manaus o intuito do pagamento do adicional não é somente uma compensação financeira pelo dano causado ao trabalhador, mas também uma medida para a redução e prevenção de determinadas práticas.

Convém ressaltar que da conjugação dos incisos XXII, XXIII do art. 7º da Constituição é provável que venhamos a ter efetiva melhoria no nível das condições de saúde, higiene e segurança do trabalho, pois a par da amplitude do direito assegurado, além de onerar o empregador que permite e até estimula o trabalho em tais condições, como visto, há determinação de redução dos riscos do trabalho em tais condições. É verdade que sempre teremos trabalho penoso, insalubre ou perigoso, que necessitará ser executado, o que exigirá a instituição de adicionais para indenizar o trabalho em condições mais adversas, mas, sem dúvida, ideal que se limite ao máximo o trabalho em tais condições, além do que se reduzam, de fato, os riscos dos serviços prestados em tais condições³⁴.

³²NOGUEIRA, Fernando Cesar. **Exame da OAB nacional**- São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 543.

³³MARQUES, Christiani. **A proteção ao trabalho penoso**. São Paulo: LTr, 2007, p. 175.

³⁴MANAUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 296.

Evidente que será necessário uma análise do caso específico, para estabelecer quem terá direito ao adicional, porém em alguns casos é visível a presença da condição penosa. Para estas deverão ser implantado o adicional de penosidade com normas de eficácia plena que supra a lacuna existente garantindo assim o melhor direito do trabalhador.

CAPÍTULO 2: A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO DIREITO DO TRABALHO

No decorrer deste segundo capítulo, será abordado a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, no âmbito das relações de trabalho principalmente no trabalho penoso, apresentando as condições de trabalho que são consideradas análogas a de escravo.

2.1 PRINCÍPIO FUNDAMENTAL

Seguindo o raciocínio de que o trabalho é a condição para melhoria social do trabalhador, logo ele deverá ser amplamente amparado por princípios fundamentais que regulem todo o contexto jurídico das relações de trabalho.

O princípio da dignidade da pessoa humana significa no entendimento de Kildare de Carvalho “*não só um reconhecimento do valor do homem em sua dimensão de liberdade, como também de que o próprio Estado se constrói com base nesse princípio. O termo dignidade designa o respeito que merece qualquer pessoa*”³⁵, logo será utilizado como alicerce para interpretação e criação das demais normas.

Ele é considerado como princípio supremo onde todas as demais derivam dele, conforme estabelece Maira Ceschin Nicolau, “*Como princípio fundamental, o princípio da dignidade da pessoa humana é e deve ser considerado como princípio supremo de que todos os demais princípios derivam e que norteia todas as regras jurídicas*”³⁶. Logo em toda regulamentação de determinada norma, deverá ser sempre preservada o princípio da dignidade da pessoa humana.

Em nosso ordenamento jurídico existem varias lacunas, sendo, portanto de extrema importância à utilização do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento de proteção do trabalhador, pois nas situações que ainda não foram devidamente regulamentadas, deverá ser levado em consideração é se aquela atividade fere o referido princípio, garantindo a

³⁵ CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional. 17 ed. rev. Atual e ampli. Belo Horizonte: Del Rey. 2011, p. 582.

³⁶ NICOLAU, Maira Ceschin. **A efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana nas relações de trabalho.** Direito Net. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7368/A-efetividade-do-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-nas-relacoes-de-trabalho>> Acesso em 09 de novembro de 2013.

ele condições dignas de trabalho.

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu primeiro artigo, já garante em Estado Democrático de Direito como fundamento a proteção à dignidade da pessoa humana. “*Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III- a dignidade da pessoa humana*”³⁷.

Portanto todo indivíduo desde o momento da sua concepção já possui Direitos garantidos, conforme aponta o artigo 2º do Código Civil Brasileiro “*A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro*”³⁸. O princípio da dignidade da pessoa humana possui caráter absoluto, sendo portando obrigatório, logo não se admite nenhum tipo de relativização, sendo inalienável e irrenunciável, conforme estabelece Kildare Gonçalves com o seguinte pensamento:

A dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana (em todo o homem e em toda mulher se acham presentes todas as faculdades da humanidade), é irrenunciável e inalienável, e constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado. Ela existe, não apenas onde é reconhecida pelo Direito e na medida que este a reconhece, por se constituir dado prévio, preexistente e anterior a toda experiência especulativa. A dignidade representa o valor absoluto de cada ser humano (a despeito de se cogitar de uma eventual relativização do direito à dignidade em termos de sua normatização). A dignidade centra-se na autonomia e no direito de autodeterminação de cada pessoa, o que lhe permite conformar-se a si mesmo e a sua vida, de acordo com seu próprio projeto espiritual³⁹.

O princípio da dignidade da pessoa humana está presente em todas as relações humanas, logo pode-se identificá-la nas relações de trabalho, pois não há o que se falar em dignidade se as relações de trabalho não forem adequadas.

Logo pela jurisprudência o desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, nas relações de trabalho também acarretam sanções relativo a dano moral.

RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. DESRESPEITO AO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. VALOR ARBITRADO PARA A INDENIZAÇÃO. O direito à indenização por dano moral encontra amparo no art. 186, Código Civil, c/c art. 5º, X, da CF, bem como nos princípios basilares da nova ordem constitucional, mormente naqueles que dizem respeito à proteção da dignidade humana e da valorização do trabalho humano (art. 1º, da CR/88). A higidez física, mental e emocional do ser humano são bens fundamentais de sua vida privada e pública, de

³⁷BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Vade Mecum. 6. Ed. Atual. E ampl. –São Paulo: Saraiva, 2011, p. 09.

³⁸BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Vade Mecum. 6. Ed. Atual. E ampl. –São Paulo: Saraiva, 2011, p. 145

³⁹CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 17 ed. rev. Atual e ampli. Belo Horizonte: Del Rey. 2011, p. 583.

sua intimidade, de sua autoestima e afirmação social e, nessa medida, também de sua honra. São bens, portanto, inquestionavelmente tutelados, regra geral, pela Constituição Federal (artigo 5º, V e X). Agredidos em face de circunstâncias laborativas, passam a merecer tutela ainda mais forte e específica da Carta Magna.

(TST - RR: 1298008320095200002 129800-83.2009.5.20.0002, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 06/02/2013, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/02/2013)⁴⁰

Logo percebe-se, que pelo princípio da dignidade da pessoa humana, o ser humano estará amparado, desde sua concepção até o momento de sua morte, pois está presente em todas relações humana, sem que haja nenhum tipo de discriminação ou relativização, por ser tal princípio igualitário e absoluto.

2.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO TRABALHO PENOSO

Infelizmente é frequente encontrar trabalhadores em condição desumana, indignas, sendo tratados como máquinas. Nessa prática encontra-se o desrespeito à dignidade sempre que o ambiente ou o próprio trabalho sofrer algum tipo de limitação, como falta de higiene, ou falta de segurança no trabalho, pois quando isso ocorre está ferindo o princípio fundamental. E como não há o que questionar sobre a existência dessas condições de trabalho, o que nos resta é proteger o trabalhador por meio de princípios e elaborações de normas eficácia plena protegendo de forma imediata o trabalhador. Pedro Lenza classifica norma de eficácia plena da seguinte forma:

Normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral são aquelas normas da Constituição que, no momento que esta entra em vigor, estão aptas a produzir todos os seus efeitos, independentemente de norma integrativa infraconstitucional⁴¹.

Para a jurisprudência nos casos em que as jornadas de trabalho estão cada vez maiores elas ferem, notadamente o princípio da dignidade da pessoa humana. Ela traduz da seguinte forma:

⁴⁰ BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Recurso de Revista. TST - RR: 1298008320095200002 129800-83.2009.5.20.0002, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 06/02/2013, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/02/2013. Disponível em <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23047049/recurso-de-revista-rr-1298008320095200002-129800-8320095200002-tst>> Acesso em 31 de outubro de 2013.

⁴¹ LENZA, Pedro. **Direito constitucional Esquemático**. 14 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva 2010, p. 177.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. 1) SALÁRIO POR PRODUÇÃO. TRABALHADOR RURAL. CORTE DE CANA DE AÇÚCAR. PAGAMENTO DAS HORAS EXTRAORDINÁRIAS E RESPECTIVO ADICIONAL. INAPLICABILIDADE DA ANTIGA REDAÇÃO DA OJ 235/SBDI-1 E DA SÚMULA 340, AMBAS DO TST. 2) REFLEXOS DAS HORAS IN ITINERE (INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NA ALÍNEA -A- DO ART. 896 DA CLT). 3) INTERVALO INTRAJORNADA. TRABALHADOR RURAL. APLICABILIDADE DO ART. 71, § 4º, DA CLT. OJ 381/SBDI-1/TST. SÚMULA 126 DO TST. DECISÃO DENEGATÓRIA. MANUTENÇÃO. A peculiaridade fática dos trabalhadores rurais, que laboram a céu aberto, em condições de profundo desgaste físico, afasta a aplicação da antiga redação da OJ 235 da SDI-1 e da Súmula 340, ambas do TST. O fato de o labor ser remunerado por produção faz com que o trabalhador rural (no caso, o cortador de cana de açúcar) se submeta a jornadas cada vez maiores, nessa atividade eminentemente penosa e prejudicial à saúde, o que, evidentemente, desrespeita a própria CF/88(...)⁴²

Acrescenta

Notadamente os fundamentos do Estado Democrático de Direito (dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa), os princípios gerais da atividade econômica (art. 170) e da ordem social (art. 193), além de afrontar a regra do art. 7º, XXII, da CF, que assegura aos trabalhadores dispositivos que reduzam (e que não aumentem) os riscos do ambiente laborativo. Por tais razões, o próprio TST alterou a redação da OJ 235, ressalvando de sua aplicação tais trabalhadores rurícolas. Não há, portanto, como assegurar o processamento do recurso de revista quando o agravo de instrumento interposto não desconstitui os termos da decisão denegatória, que subsiste por seus próprios fundamentos. Agravo de instrumento desprovido.

(TST - AIRR: 7312320125090091 731-23.2012.5.09.0091, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 11/09/2013, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/09/2013)⁴³

E já que não é possível extinguir o trabalho penoso, das relações de emprego, podem ser aplicadas normas de proteção, com o intuito de prevenir maiores danos ao trabalhador. E quando o empregador exigir alguma prática penosa, que ele possa respeitar as condições físicas do empregado, evitando os trabalhos penosos sempre que possível e compensando o trabalhador através de adicionais nos casos que forem imprescindíveis as referidas práticas.

⁴² BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Agravo de instrumento. TST - AIRR: 7312320125090091 731-23.2012.5.09.0091, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 11/09/2013, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/09/2013. Disponível em < <http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24170966/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-7312320125090091-731-2320125090091-tst>> Acesso em 12 de outubro de 2013

⁴³ *idem*.

2.3 TRATAMENTO ANÁLOGO AO DE ESCRAVO

No que diz respeito à condição análoga a de escravo, se refere a submeter o empregado, a trabalhos forçados, jornada exaustiva, trabalhos humilhantes, no manual de combate ao trabalho em condições análogas a de escravo, encontra a seguinte definição:

MANUAL DE COMBATE AO TRABALHO EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS ÀS DE ESCRAVO

Diversas são as denominações dadas ao fenômeno de exploração ilícita e precária do trabalho, ora chamado de trabalho forçado, trabalho escravo, exploração do trabalho, semiescravidão, trabalho degradante, entre outros, que são utilizados indistintamente para tratar da mesma realidade jurídica. Malgrado as diversas denominações, qualquer trabalho que não reúna as mínimas condições necessárias para garantir os direitos do trabalhador, ou seja, cerceie sua liberdade, avilte a sua dignidade, sujeite-o a condições degradantes, inclusive em relação ao meio ambiente de trabalho, há que ser considerado trabalho em condição análoga à de escravo⁴⁴.

Está previsto também no artigo 149 do Código Penal Brasileiro. Que traz a seguinte redação:

Art. 149- Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:(Alterado pela L-010.803-2003)

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

I – contra criança ou adolescente;

II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem⁴⁵.

O trabalho realizado sob essa condição análoga não necessita infringir o direito de ir e vir, basta que seja degradante ao trabalhador. Pois o que distingue trabalho escravo do trabalho degradante é que no trabalho escravo, quando o trabalhador ver-se restringido por qualquer meio o direito a liberdade, não podendo deixar o local de trabalho, sendo que no degradante ele pode ir e vir. A jurisprudência já se manifestou nestes casos, para ela a redução a condição análoga a de escravo não necessita de restringir tal direito:

⁴⁴ Manual de Combate ao Trabalho em Condições análogas às de escravo Brasília: **Ministério do Trabalho e Emprego**, 2011, p. 12.

⁴⁵ BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Vade Mecum. 6. Ed. Atual. E ampl. –São Paulo: Saraiva, 2011, p. 529.

EMENTA PENAL. REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA A DE ESCRAVO. ESCRAVIDÃO MODERNA. DESNECESSIDADE DE COAÇÃO DIRETA CONTRA A LIBERDADE DE IR E VIR. DENÚNCIA RECEBIDA. Para configuração do crime do art. 149 do Código Penal, não é necessário que se prove a coação física da liberdade de ir e vir ou mesmo o cerceamento da liberdade de locomoção, bastando a submissão da vítima a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva” ou a condições degradantes de trabalho”, condutas alternativas previstas no tipo penal. A escravidão moderna” é mais sutil do que a do século XIX e o cerceamento da liberdade pode decorrer de diversos constrangimentos econômicos e não necessariamente físicos. Priva-se alguém de sua liberdade e de sua dignidade tratando-o como coisa e não como pessoa humana, o que pode ser feito não só mediante coação, mas também pela violação intensa e persistente de seus direitos básicos, inclusive do direito ao trabalho digno. A violação do direito ao trabalho digno impacta a capacidade da vítima de realizar escolhas segundo a sua livre determinação. Isso também significa reduzir alguém a condição análoga à de escravo”(…).

(STF - Inq: 3412 AL , Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 29/03/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-222 DIVULG 09-11-2012 PUBLIC 12-11-2012)⁴⁶

Dispõe a Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 5º inciso XIII o direito a liberdade nas relações de trabalho:

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:

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer⁴⁷.

Pode-se perceber que tal condição é caracterizada pela imposição de forma extrema sobre o trabalhador em determinadas práticas, e apesar de diversas tentativas para extinção dessas condições, ainda é insuficiente a regulamentação de normas que traga a efetiva proteção do trabalhador.

⁴⁶ BRASIL. STF- INQUERITOS:Inq3412AL, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 29/03/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 12/ 12/ 2012 Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22869960/inquerito-inq-3412-al-stf>> Acesso em 28 de outubro de 2013.

⁴⁷BRASIL. **Presidência da República.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 18 de setembro de 2013.

CAPÍTULO 3. APLICABILIDADE DO MANDADO DE INJUNÇÃO PARA O TRABALHO PENOSO

Será objeto de estudo no terceiro capítulo, o mandado de injunção como garantia constitucional, apresentando a possibilidade de agregar a ele o efeito *erga omnes*, será apresentado ainda um breve paralelo entre o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

3.1 O MANDADO DE INJUNÇÃO COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL

Pode-se definir o mandado de injunção como remédio constitucional, com a finalidade de suprir as lacunas em nosso ordenamento jurídico, nos casos onde houve manifestação pela Constituição, mas que ainda falta a norma infraconstitucional para a regulamentação do tema.

Pedro Lenza estabelece em quais casos o mandado de injunção poderá ser concedido: *“concederá mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais (...)”*⁴⁸

Pois existem diversas normas na Constituição da Republica Federativa do Brasil que não possuem efeito imediato, pois dependem de normas infraconstitucionais para gerar seus devidos efeitos.

O mandado de injunção está previsto no artigo 5º, inciso LXXI da CR/88 com a seguinte redação:

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:

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania⁴⁹.

⁴⁸ LENZA, Pedro. **Direito constitucional Esquematizado**. 14 ed.rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva 2010, p. 816

⁴⁹ BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Vade Mecum. 6. Ed. Atual. E ampl. –São Paulo: Saraiva, 2011, p. 13.

José Afonso da Silva aponta a função do mandado de injunção. Para ele “*Sua função seria de fazer valer, no interesse do impetrante, um direito ou prerrogativa previsto em norma constitucional cujo exercício em geral é inviabilizado pela falta de regulamentação*”⁵⁰. E acrescenta Luiz Carlos que sua “*decisão supre a ausência da norma regulamentadora*”⁵¹

No que diz respeito aos seus legitimados, Kildare Gonçalves Carvalho se manifesta que poderá impetrar o mandado de injunção, toda “*a pessoa física ou jurídica, que está impossibilitada de exercer um direito constitucional, por falta de norma regulamentadora*”⁵².

No mesmo entendimento Luiz Carlos de Souza Auricchio, classifica que constitui que “*qualquer pessoa pode ajuizar, basta que seus direitos estejam sendo inviabilizados pela ausência da norma regulamentadora*”⁵³

Então o mandado de injunção possui como legitimado ativo, toda e qualquer pessoa que estiver sendo prejudicado pela impossibilidade de exercício de um direito previsto constitucionalmente, mas que ainda falta norma infraconstitucional para a efetiva eficácia do direito. Pedro Lenza, afirma que existe ainda a possibilidade do mandado de injunção ser impetrado por um grupo de pessoas (mandado de injunção coletivo) ele diz :

O STF inclusive admitiu o ajuizamento de mandado de injunção coletivo sendo legitimadas, por analogia, as mesma entidades do mandado de segurança coletivo. O requisito será a falta de norma regulamentadora que torne inviáveis os direitos, liberdades ou prerrogativas dos membros ou associados (indistintamente)⁵⁴.

Logo poderá impetrar o mandado de injunção coletivo, os partidos políticos, organização sindical, entre outros, conforme redação do inciso LXX do artigo 5º da Constituição.

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados⁵⁵;

E por legitimado passivo encontra-se “*a pessoa estatal a quem pode ser imputado o*

⁵⁰ SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7 ed. São Paulo: Malheiros 2008, p. 165

⁵¹ AURICCHIO, Luiz Carlos de Souza. **Exame da OAB Nacional**. São Paulo. Quartier Latin, 2012, p. 57.

⁵² CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 17 ed. rev. Atual e ampli. Belo Horizonte. Del Rey. 2011, p. 779.

⁵³ AURICCHIO, Luiz Carlos de Souza. **Exame da OAB Nacional**. São Paulo. Quartier Latin, 2012, p. 57.

⁵⁴ LENZA, Pedro. **Direito constitucional Esquemático**. 14 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva 2010, p. 817.

⁵⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Vade Mecum. 6. Ed. Atual. E ampl. –São Paulo: Saraiva, 2011, p. 13.

*dever jurídico de editar o provimento normativo*⁵⁶.

A Natureza jurídica do Mandado de injunção esta classificado segundo Luis Carlos Martins como:

O MI é ação constitucional cível de natureza mandamental. É uma garantia fundamental com assento no texto constitucional. É instituto processual vocacionado para dar efetividade aos direitos constitucionais subjetivos inviabilizados por omissão inconstitucional em face da ausência de norma infraconstitucional regulamentadora⁵⁷.

Como traduz a jurisprudência o mandado de injunção não pode ser aplicado com o intuito de alterar lei já existente, pois seu objeto é unicamente como já mencionado, o de suprir lacunas que estão inviabilizando o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, a soberania e a cidadania:

MANDADO DE INJUNÇÃO - SITUAÇÃO DE LACUNA TECNICA - PRESSUPOSTO ESSENCIAL DE SUA ADMISSIBILIDADE - PRETENDIDA MAJORAÇÃO DE VENCIMENTOS DEVIDOS A SERVIDORES PUBLICOS - ALTERAÇÃO DE LEI JA EXISTENTE - INVIABILIDADE - AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. A ESTRUTURA CONSTITUCIONAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO IMPÕE, COMO UM DOS PRESSUPOSTOS ESSENCIAIS DE SUA ADMISSIBILIDADE, A AUSÊNCIA DE NORMA REGULAMENTADORA. ESSA SITUAÇÃO DE LACUNA TECNICA - QUE SE TRADUZ NA EXISTÊNCIA DE UM NEXO CAUSAL ENTRE O YACUUM JURIS E A IMPOSSIBILIDADE DO EXERCÍCIO DOS DIREITOS E LIBERDADES CONSTITUCIONAIS E DAS PRERROGATIVAS INERENTES A NACIONALIDADE, A SOBERANIA E A CIDADANIA - CONSTITUI REQUISITO NECESSARIO QUE CONDICIONA A PROPRIA IMPETRABILIDADE DESSE NOVO REMEDIO INSTITUIDO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988⁵⁸.

E acrescenta:

O MANDADO DE INJUNÇÃO NÃO CONSTITUI, DADA A SUA PRECIPUA FUNÇÃO JURÍDICO-PROCESSUAL, SUCEDANEO DE AÇÃO JUDICIAL QUE OBJETIVE, MEDIANTE ALTERAÇÃO DE LEI JA EXISTENTE, A MAJORAÇÃO DE VENCIMENTOS DEVIDOS A SERVIDORES PUBLICOS. REFOGE AO ÂMBITO DE SUA FINALIDADE CORRIGIR EVENTUAL INCONSTITUCIONALIDADE QUE INFIRME A VALIDADE DE ATO

⁵⁶ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 17 ed. rev. Atual e ampli. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 779.

⁵⁷ ALVES JR., Luís Carlos Martins. O mandado de injunção. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1249, 2 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9235>>. Acesso em: 1 nov. 2013.

⁵⁸ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ag. Reg. No mandado de injunção. STF - MI: 81 DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 20/04/1990, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: DJ 25-05-1990 PP-04603 EMENT VOL-01582-01 PP-00038 RTJ VOL-00131-03 PP-00963. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14711121/agregno-mandado-de-injuncao-mi-81-df>> Acesso em 02 de novembro de 2013.

ESTATAL EM VIGOR⁵⁹.

Luis Carlos em seu artigo “O mandado de injunção” define que o objetivo do referido remédio constitucional será o de neutralizar as consequências lesivas relativas à falta de norma regulamentadora. Ele retrata da seguinte forma:

Na verdade, o mandado de injunção busca **neutralizar** as consequências lesivas decorrentes da **ausência** de regulamentação normativa **de preceitos constitucionais** revestidos de eficácia limitada, cuja incidência - **necessária** ao exercício efetivo de determinados direitos neles **diretamente** fundados - **depende**, essencialmente, da **intervenção concretizadora** do legislado⁶⁰.

Portanto pode-se concluir que o mandado de injunção é um remédio constitucional com a finalidade de suprir as lacunas normativas para garantir a eficácia plena para a norma constitucional de eficácia limitada, com o objetivo de uma melhor aplicação do direito.

3.2 POSSIBILIDADE DO EFEITO *ERGA OMNES* PARA O MANDADO DE INJUNÇÃO

No que concerne os efeitos do mandado de injunção, ele em regra possuem efeitos *inter partes*, conforme ensina Luis Carlos de Souza a “*decisão supre a ausência normativa da norma regulamentadora*” e acrescenta “*o Tribunal pode determinar a regulamentação válida para o caso, com efeitos inter partes*”⁶¹. Mas existem muitas divergências a respeito do tema, conforme aponta Pedro Lenza com as diversas posições existentes a respeito de seus efeitos, com a posição da corrente concretista geral, da concretista individual direta, da concretista individual intermediária, e a posição não concretista. Ele traduz da seguinte forma:

Posição concretista geral: através da normatividade geral, o STF legisla no caso concreto, produzindo a decisão efeito *erga omnes* até que sobrevenha norma integrativa pelo legislativo;

⁵⁹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ag. Reg. No mandado de injunção. STF - MI: 81 DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 20/04/1990, TRIBUNAL PLÉNO, Data de Publicação: DJ 25-05-1990 PP-04603 EMENT VOL-01582-01 PP-00038 RTJ VOL-00131-03 PP-00963. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14711121/agregno-mandado-de-injuncao-mi-81-df>> Acesso em 02 de novembro de 2013.

⁶⁰ ALVES JR., Luís Carlos Martins. **O mandado de injunção**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1249, 2 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9235>>. Acesso em: 2 nov. 2013.

⁶¹ AURICCHIO, Luiz Carlos de Souza. **Exame da OAB Nacional**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 57.

Posição concretista individual direta: a decisão, implementando o direito, valerá somente para o autor do mandado de injunção, diretamente;

Posição concretista individual intermediária: julgando procedente o mandado de injunção, o judiciário fixa ao legislativo prazo para elaborar a norma regulamentadora. Findo o prazo e permanecendo a inércia do Legislativo, o autor passa a ter assegurado o seu direito;

Posição não concretista: a decisão apenas decreta mora do poder omisso, reconhecendo-o formalmente a sua inércia⁶².

No entanto apesar de diversas correntes, anteriormente era aplicado de acordo com Pedro Lenza a corrente não concretista, apenas reconhecendo sua inércia legislativa.

Pedro Lenza afirma ainda que logo em seguida o mandado de injunção passou gerar efeito de acordo com a corrente intermediária:

Avançando, o STF adotou em alguns casos a posição concretista individual intermediária que corresponde à do Ministro Neri da Silveira corroborada por Alexandre de Moraes, qual seja, fixar um prazo e comunicar o legislativo omisso para que elabore a norma naquele período. Decorrido *in albis* o prazo fixado o autor passaria a ter direito pleiteado (efeito *inter partes*). É a que nos parece melhor e se coaduna com os princípios constitucionais (vide MI 232-1-RJ, RDA 188/155)⁶³

A Jurisprudência também aponta um mandado de injunção com efeitos *inter partes*, ou seja, gerando efeito apenas para o autor da demanda, ela traz a seguinte redação:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROFESSOR UNIVERSITÁRIO. CONVERSÃO DE APOSENTADORIA ESPECIAL EM COMUM. CONTAGEM DO SERVIÇO PRESTADO NA CONDIÇÃO INSALUBRE. MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 721-7/DF. EFEITOS "INTER PARTES". 1. É direito do servidor - ex-celestatista, a contagem de tempo especial para fins de aposentadoria, até a incorporação ao regime jurídico estatutário (Lei nº 8.112/90). 2. O reconhecimento da contagem de tempo especial após a lei de regimento dos servidores públicos, está condicionado a regulamentação do art. 40, parágrafo 4º da Constituição Federal. 3. A decisão do Supremo Tribunal Federal nos autos do Mandado de Injunção nº 721-7/DF não vincula outras decisões, uma vez que não tem efeito "erga omnes". Precedente: TRF5. 3ª T. AC 459526/PE (DJ: 15.15.09). 4. Ademais, cabe ao STF decidir, originariamente, o caso concreto quando a questão envolver a falta de elaboração de uma norma regulamentadora, de atribuição de uma das casas legislativas, por meio de Mandado de Injunção (art. 106, I, q CF). 5. Segurança denegada. 5. Apelação improvida.

(TRF-5 - AC: 468691 RN 0012809-85.2008.4.05.8400, Relator: Desembargador Federal Francisco Wildo, Data de Julgamento: 30/06/2009, Segunda Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça - Data: 22/07/2009 - Página: 192 - Nº: 138 - Ano: 2009)⁶⁴.

⁶² LENZA, Pedro. **Direito constitucional Esquematizado**. 14 ed.rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 819.

⁶³ LENZA, Pedro. **Direito constitucional Esquematizado**. 14 ed.rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 819.

⁶⁴ BRASIL. **Tribunal Regional Federal**. Apelação Cível. TRF-5 - AC: 468691 RN 0012809-85.2008.4.05.8400, Relator: Desembargador Federal Francisco Wildo, Data de Julgamento: 30/06/2009, Segunda Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça - Data: 22/07/2009 - Página: 192 - Nº: 138 - Ano:

Alexandre de Moraes aponta que o novo posicionamento do Supremo Tribunal Federal passou a adotar juntamente com corrente concretista geral, a corrente concretista individual, da seguinte forma:

Em novo posicionamento, o Supremo Tribunal Federal passou a adotar, juntamente com a posição concretista geral, a posição concretista individual em determinados casos, para que a corte possa efetivamente combater a síndrome de inefetividade das normas constitucionais. O STF julgou procedente o pedido formulado em mandado de injunção para garantir ao impetrante “à contagem diferenciada do tempo de serviço em decorrência de atividade em trabalho insalubre, após a égide do regime estatutário, para fins de aposentadoria especial de que cogita o §4º do art. 40 da CF, proclamando, portanto, “seu direito à aposentadoria especial, em razão do trabalho, por 25 anos, em atividade considerada insalubre, ante o contato com agente nocivos, portadores de moléstias humanas e com materiais e objetos contaminados” e, também, para concretizar o direito constitucional do servidor público portador de deficiência à aposentadoria especial, nos termos do art. 40, § 4º, I, da CF⁶⁵.

Portanto o objetivo do presente estudo é o de equiparar o efeito da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, garantindo definitivamente o efeito *erga omnes* para o mandado de injunção, pois “*as decisões de mérito na ação direta de inconstitucionalidade por omissão fazem coisa julgada com efeito erga omnes, enquanto as proferidas em relação ao mandado de injunção geram efeitos inter partes*”⁶⁶. com o intuito de garantir a todos os trabalhadores a aplicação do adicional de penosidade que como dito está devidamente previsto na Magna Carta, mas que tal norma necessita de outra norma infraconstitucional para sua eficácia plena. Pois assim, mesmo que apenas um trabalhador impetre o mandado de injunção toda à classe de trabalhadores estaria amparada pelos seus efeitos, e possibilitando a aplicação do adicional de penosidade.

2009. Disponível em : <<http://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8329785/apelacao-civel-ac-468691-rn-0012809-8520084058400>> Acesso em 02 de novembro de 2013.

⁶⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 189.

⁶⁶ HAUSER, Denise. Mandado de injunção e ação de inconstitucionalidade por omissão. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 36, 1 nov. 1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/127>>. Acesso em: 3 nov. 2013.

3.3 DIFERENÇA ENTRE O MANDADO DE INJUNÇÃO E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

É interessante demonstrar as diferenças do mandado de injunção com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, pois apesar de ambos ter o objetivo de suprir a falta de norma regulamentadora, com a finalidade de viabilizar um direito, eles se distinguem em vários aspectos, pois como já mencionado anteriormente o mandado de injunção “*consiste em uma ação constitucional de caráter civil e de procedimento especial, que visa suprir uma omissão do Poder Público, no intuito de viabilizar o exercício de um direito, uma liberdade ou uma prerrogativa prevista na Constituição Federal*”⁶⁷.

Já a ação direta de inconstitucionalidade por omissão foi conceituada por Hanthony Berlanda em seu artigo “Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão”, definindo-a da seguinte forma:

É um remédio constitucional que visa proteger o indivíduo de omissão do legislador ou até mesmo da Administração Pública quando estes deveriam agir e não o fizeram, deixando, desta forma de regular o exercício de um direito previsto em norma constitucional de eficácia limitada. Esta omissão é chamada pela doutrina de *síndrome de inefetividade das normas constitucionais*. É regulada pela Lei 9.868/99⁶⁸.

Conforme estabelece Kildare Gonçalves, ao contrário do mandado de injunção, “não é, portanto, qualquer lacuna constitucional que acarretará a inconstitucionalidade por omissão”⁶⁹.

Rachel Figueiredo, em seu artigo “Mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão”, define que “A Ação direta de inconstitucionalidade por omissão é uma forma de controle concentrado enquanto o mandado de injunção é controle difuso, ou seja, no caso concreto”⁷⁰. Por controle difuso de acordo com o entendimento do Pedro Lenza, pode se definir que ele é “*também chamado de controle pela via de exceção ou defesa, ou controle aberto, sendo realizado por qualquer juízo ou tribunal*

⁶⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.179.

⁶⁸ BERLANDA, Hanthony. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão**. Pensando Direito. 6 de abril de 2011. Disponível em: <<http://pensandodireitolex.blogspot.com.br/2011/04/acao-direta-de-inconstitucionalidade.html>> Acesso em 02 de novembro de 2013.

⁶⁹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 17 ed. rev. Atual e ampli. Belo Horizonte. Del Rey. 2011, p. 328.

⁷⁰ MARTINS, Rachel Figueiredo Viana. **Mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5621/Mandado-de-injuncao-e-a-acao-direta-de-inconstitucionalidade-por-omissao>> Acesso em 09 de novembro de 2013.

do poder judiciário”⁷¹ e acrescenta que no “controle difuso, para as partes os efeitos serão: a) *inter partes* e b) *ex tunc*”⁷². Já no que se refere ao controle concentrado ele traz a seguinte definição:

Ao contrário da via de exceção ou defesa, pela qual o controle (difuso) se verificava em casos concretos e incidentalmente ao objeto principal da lide, no controle concentrado a representação de inconstitucionalidade, em virtude de ser em relação a um ato normativo em tese, tem por objeto principal a declaração de inconstitucionalidade da lei ou to normativo impugnado⁷³.

Entre as diferenças do mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, existe uma que se destaca no âmbito do presente estudo que são os legitimados, pois no mandado de injunção toda e qualquer pessoa que estiver tendo seu direito inviabilizado devido à ausência de norma regulamentadora estará apto a impetrar o mandado de injunção⁷⁴, já no que refere a ação direta de inconstitucionalidade por omissão segundo o artigo 103 da CR/88 estabelece um rol taxativo dos legitimados:

Art. 103 - Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Alterado pela EC-000.045-2004)
I - o Presidente da República;
II - a Mesa do Senado Federal;
III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Alterado pela EC-000.045-2004)
VI - o Procurador-Geral da República;
VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional⁷⁵.

Portanto, pode se concluir que entre o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que um não substitui o outro, pois entre varias distinções existente, eles se distinguem também no objeto, pois na ação direta de inconstitucionalidade por omissão “a lei ou ato normativo federal, sendo, porém, pressuposto para seu ajuizamento

⁷¹ LENZA, Pedro. **Direito constitucional Esquematizado**. 14 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva 2010. p. 224.

⁷² LENZA, Pedro. **Direito constitucional Esquematizado**. 14 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva 2010. p. 227.

⁷³ LENZA, Pedro. **Direito constitucional Esquematizado**. 14 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva 2010. p. 238.

⁷⁴ AURICCHIO, Luiz Carlos de Souza. **Exame da OAB Nacional**. São Paulo. Quartier Latin, 2012, p. 57.

⁷⁵ BRASIL. **Constituição Federal – CF – 1988**. Disponível em: <http://www.dji.com.br/contituicao_federal/cf101a103.ht> Acesso em 09 de novembro de 2013.

*a demonstração, juntamente com a petição inicial, de comprovada controvérsia judicial que coloque em risco a presunção de constitucionalidade do ato normativo sob exame (...)*⁷⁶ e no que se refere ao do mandado de injunção, seu objeto “*somente se refere à omissão de regulamentação de norma constitucional*”⁷⁷, logo a inconstitucionalidade por omissão se refere a constitucionalidade de determinada norma e o mandado de injunção se refere a regulamentação de norma ausente.

⁷⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 812.

⁷⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 181.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O propósito deste trabalho foi o de apresentar as peculiaridades do trabalho penoso no ordenamento jurídico nos dias atuais, mostrando a ausência da devida proteção, colocando em discussão, a possibilidade de suprir a lacuna normativa referente ao adicional de penosidade, com a impetração do mandado de injunção, porém gerando efeitos *erga omnes* e não *inter partes*.

E por ser de extrema importância a prática do trabalho como pressuposto para inserir o trabalhador na vida econômica e social, para que isto ocorra de maneira adequada ele deverá estar sempre amparado pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, evitando o tratamento análogo ao de escravo que apesar de inconstitucional, ainda é assunto atual nas relações de trabalho.

Então apesar de já existir a previsão legal na Constituição da República Federativa do Brasil a respeito do adicional de penosidade, tal previsão não é autoaplicável, ou seja, não possui efeito imediato, pois depende de outra norma infraconstitucional que a complemente. Logo de acordo com esse raciocínio é importante que o legislativo supra a lacuna que existe devido à inércia Consolidação das Leis Trabalhistas, garantindo ao trabalhador o direito ao adicional de penosidade.

Para que isto ocorra à solução será o de impetrar o mandado de injunção e já que a Constituição não estabeleceu critérios específicos que definem o efeito do mandado de injunção, que ele gere efeitos *erga omnes*, pois só assim toda a classe será beneficiada pelo direito ao adicional, pois caso ocorra o contrário, gerando efeitos *inter partes*, apenas o autor (individual) do mandado de injunção estará protegido pelo benefício do mandado de injunção. E diante de diversos posicionamentos, pode-se concluir que já é possível tal aplicação, tendo vista que apesar de não ser ainda entendimento pacífico a respeito dos efeitos gerados por ele, já se admite em alguns casos a aplicação do efeito *erga omnes*, conforme pode-se perceber através de entendimento doutrinário e jurisprudencial apontada durante todo o projeto de pesquisa.

Portanto, percebe-se que no âmbito do presente estudo, o instrumento adequado para suprir a ausência normativa relativa ao adicional de penosidade é o mandado de injunção com o efeito *erga omnes*, e por ser ele acessível a todo cidadão no exercício de seus direitos, possibilita que mesmo quando apenas um cidadão recorrer ao referido remédio seus efeitos atinja toda classe de trabalhadores.

BIBLIOGRAFIA

ALVES JR., Luís Carlos Martins. O mandado de injunção. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1249, 2 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9235>>. Acesso em: 1 nov. 2013.

AURICCHIO, Luiz Carlos de Souza. **Exame da OAB Nacional**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8 ed. São Paulo: LTr: 2012.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Vade Mecum. 6. Ed. Atual. E ampl. –São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Vade Mecum. 6. Ed. Atual. E ampl. –São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Consolidação das Leis Trabalhistas**. Vade Mecum. 6. Ed. Atual. E ampl. –São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Vade Mecum. 6. Ed. Atual. E ampl. –São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Consolidação das Leis do trabalho**. Disponível em <www.dji.com.br/decretos_leis/1943-005452-clt/clt189a197.htm> Acesso em 08 de outubro de 2013.

BRASIL. **LEI 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18.080.htm> Acesso em 02 de maio de 2013.

BRASIL. **12ª Câmara de Direito Público**. Mandado de Injunção, 4880525820108260000 SP

0488052-58.2010.8.26.0000, Relator: J. M. Ribeiro de Paula, Data de Julgamento: 28/09/2011, 12ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 30/09/2011 Disponível em www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20509989/mandado-de-injunção-mi-4880525820108260000-sp-0488052-5820108260000-tjsp> Acesso em 02 de maio de 2013.

BRASIL. Presidência da República. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7850.htm> Acesso em 04 de outubro de 2013.

BRASIL. Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm> Acesso em 01 de outubro de 2013.

BRASIL. Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 18 de setembro de 2013.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 3º região. Recurso Ordinário, 728200800510004 DF 00728-2008-005-10-00-4, Relator: Juiz Grijalbo Fernandes Coutinho, Data de Julgamento: 04/03/2009, 3ª Turma, Data de Publicação: 13/03/2009. Disponível em www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8774332/recurso-ordinario-ro-791200802110000-df-00791-2008-021-10-00-0-trt-10> Acesso em 02 de maio de 2013.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. TRT-9 49382007195900 PR 4938-2007-195-9-0-0, Relator: MARLENE T. FUVERKI SUGUIMATSU, 2A. TURMA, Data de Publicação: 20/10/2009. Disponível em: <http://trt-9.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18914498/49382007195900-pr-4938-2007-195-9-0-0-trt-9>> Acesso em 04 de outubro de 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Apelação Cível. TJ-PE - AC: 168737 PE 00161547220058170001, Relator: Sílvio de Arruda Beltrão, Data de Julgamento: 21/09/2009, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 187. Disponível em <http://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15465287/apelacao-civel-ac-168737-pe-00161547220058170001>> Acesso em 31 de outubro de 2013.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho**. 1043200817118005 GO 01043-2008-171-18-00-5, Relator: ALDON DO VALE ALVES TAGLIALEGNA, Data de Publicação: DJ Eletrônico Ano III N° 104, de 16.6.2009, pág. 17. Disponível em <<http://trt-18.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18888741/1043200817118005-go-01043-2008-171-18-00-5>> Acesso em 15 de setembro de 2013.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho**. Dano Moral. TRT-9 4012010669900 PR 401-2010-669-9-0-0, Relator: UBIRAJARA CARLOS MENDES, 1A. TURMA, Data de Publicação: 08/11/2011 Disponível em <<http://trt-9.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20713810/4012010669900-pr-401-2010-669-9-0-0-trt-9>> Acesso em 08 de outubro de 2013.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Recurso de Revista. TST - RR: 1298008320095200002 129800-83.2009.5.20.0002, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 06/02/2013, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/02/2013. Disponível em <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23047049/recurso-de-revista-rr-1298008320095200002-129800-8320095200002-tst>> Acesso em 31 de outubro de 2013.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Agravo de instrumento. TST - AIRR: 7312320125090091 731-23.2012.5.09.0091, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 11/09/2013, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/09/2013. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24170966/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-7312320125090091-731-2320125090091-tst>> Acesso em 12 de outubro de 2013.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ag. Reg. No mandado de injunção. STF - MI: 81 DF , Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 20/04/1990, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: DJ 25-05-1990 PP-04603 EMENT VOL-01582-01 PP-00038 RTJ VOL-00131-03 PP-00963. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14711121/agregno-mandado-de-injuncao-mi-81-df>> Acesso em 02 de novembro de 2013.

BRASIL. **STF- INQUERITOS: Inq3412AL**, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 29/03/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 12/ 12/ 2012 Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22869960/inquerito-inq-3412-al-stf>> Acesso em 28

de outubro de 2013.

BUENO, Francisco da Silveira. **Minidicionário da língua portuguesa**; ed. Ver. E atual, por Helena Bonito C. Pereira, Rena Signer. – São Paulo: FTD: LISA, 1996.

CAMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei**. Disponível em <www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=175083> Acesso em 04 de outubro de 2013.

CAMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei**. Disponível em <www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=173962> Acesso em 04 de outubro de 2013.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 17 ed. rev. Atual e ampli. Belo Horizonte: Del Rey. 2011.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5. ed. Niterói: Impetrus, 2011.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de Direito individual e coletivo de trabalho**. 2º ed. São Paulo: LTr, 2004.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional Esquematizado**. 14 ed. rev. atual. e ampli. São Paulo: Saraiva 2010.

MANAUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do Trabalho**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MARQUES, Christiani. **A proteção ao trabalho penoso**. São Paulo: LTr, 2007.

MARCUS, Douglas. **A Tutela Jurídica no Meio Ambiente do Trabalho Penoso e a Necessidade de Regulamentação do Adicional Previsto no Artigo 7.º, inciso XXIII da Constituição Federal**. Disponível em <<http://professordouglasmarcus.blogspot.com.br/2010/02/tutela-juridica-no-meio-ambiente-do.html>> Acesso em 04 de outubro de 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NOGUEIRA, Fernando Cesar. **Exame da OAB nacional**- São Paulo: Quartier Latin, 2012.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de Direito Material do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7 ed. São Paulo: Malheiros. 2008.

ANEXOS