

 LABORJURIS SERVIÇOS EDUCACIONAIS E JURÍDICOS	<b>Revista de Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito da Seguridade Social</b>	<b>JAN/JUN</b> <b>v.1, n.1, 2019</b> <b>ISSN: 2674-6913</b>
--	--	---

## **A EFICÁCIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL DO TRABALHADOR AO ADICIONAL DE PENOSIDADE**

Tácia Alves Gabriel da Silva<sup>1</sup>

**RESUMO:** Analisa os fundamentos da proteção do trabalho penoso, dentre os quais se destaca a proteção às condições de trabalho dignas. Em seguida, aborda-se sucintamente os adicionais de periculosidade e insalubridade, para iniciar o estudo do adicional de penosidade. Trata da conceituação do trabalho penoso e suas consequências; além das leis e projetos de leis que já foram editadas sobre o tema. Em seguida, defende a possibilidade de previsão do referido adicional em instrumentos coletivos. Por fim, analisa a classificação da norma prevista no art. 7º, inciso XXIII, da Constituição Federal, e o papel dos operadores do direito na busca por sua efetividade.

**PALAVRAS-CHAVES:** Trabalho penoso. Adicional de penosidade. Dignidade da pessoa humana. Condições de trabalho. Eficácia da norma constitucional.

**ABSTRACT:** *Analyzes the fundamentals of the drudgery protection, among which stands out the protection of decent working conditions. Next, we discuss briefly the additional dangerous or unhealthy to begin the study of additional painfulness. It deals with the conceptualization of drudgery and its consequences; beyond the laws and proposed laws that have already been published on the subject. Then defends the ability to forecast further referred to in collective instruments. Finally, it analyzes the classification of the rule laid down in Article 7, item XXIII, of the Federal Constitution, and the role of law enforcement officers in the search for their effectiveness.*

**KEYWORDS:** *Drudgery. Additional hardship. Dignity of human person. Work conditions. Effectiveness of the constitutional norm.*

---

<sup>1</sup> Graduanda em Direito pela Universidade do Estado da Bahia (UNEB). Estagiária do Ministério Público do Trabalho na Bahia. Atuou, também, como estagiária da Procuradoria Jurídica da UNEB, da Justiça Federal da 1ª Região e do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. E-mail: tacia.direito@gmail.com

 LABORJURIS SERVIÇOS EDUCACIONAIS E JURÍDICOS	<b>Revista de Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito da Seguridade Social</b>	<b>JAN/JUN</b> <b>v.1, n.1, 2019</b> <b>ISSN: 2674-6913</b>
--	--	---

## 1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 tentou garantir uma série de direitos sociais com o intuito de resguardar o indivíduo que acabara de sair de um regime militar, no qual inúmeros direitos fundamentais foram violados. Dentre os direitos resguardados, encontram-se aqueles relativos à saúde e segurança no trabalho, a fim de prevenir os efeitos de trabalhos degradantes e, quando impossível a eliminação do risco, representassem uma contrapartida pelo trabalho, uma vez que, muitas vezes, tais trabalhos são necessários à manutenção da vida em sociedade.

Dentre os direitos previstos pelo artigo 7º da Constituição de 1988 estão os adicionais pelo trabalho perigoso, insalubre e penoso. Os adicionais de periculosidade e de insalubridade já eram regulamentados pela Consolidação das Leis do Trabalho mesmo antes da constituição cidadã. Porém, o adicional de penosidade representa uma inovação trazida pelo constituinte de 1988, estando, contudo, pendente de regulamentação.

Pretende-se com o presente estudo compreender qual a eficácia da norma contida na CF/88, relativa ao adicional de penosidade, a fim de responder se poderá ser aplicada pelos operadores do direito, sobretudo pelos juizes do trabalho, ainda que pendente de regulamentação.

Tal tema é de grande relevância uma vez que diz respeito à norma relativa à saúde e dignidade do trabalhador e sua possível aplicação no caso concreto.

O caminho metodológico iniciar-se-á pelos fundamentos da proteção do trabalho penoso, que se pautam, sobretudo, na proteção da dignidade da pessoa humana. Em seguida, far-se-á uma abordagem sucinta sobre os adicionais de periculosidade e insalubridade, para adentrar no adicional de penosidade, que é o objeto desta pesquisa. Tratar-se-á das consequências do trabalho penoso, das leis e projetos de leis que já foram editados sobre o tema. Em seguida, defender-se-á a possibilidade de previsão do referido adicional em instrumentos coletivos. Por fim, analisar-se-á a classificação da norma prevista no art. 7º, inciso XXIII da Constituição Federal, e o papel dos operadores do direito na busca por sua efetividade.

## 2. FUNDAMENTOS DA PROTEÇÃO AO TRABALHO PENOSO

A proteção contra o trabalho penoso encontra seu fundamento na dignidade da pessoa humana. Não basta o mero labor, como o brocardo que prevê que “o trabalho dignifica o homem”, é necessário que se garantam condições mínimas de saúde, segurança e higiene ao trabalhador. Para tanto, é necessário o processo de valorização do trabalho e da compreensão e respeito à dignidade da pessoa humana.

 <p>LABORJURIS SERVIÇOS EDUCACIONAIS E JURÍDICOS</p>	<p><b>Revista de Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito da Seguridade Social</b></p>	<p><b>JAN/JUN</b> <b>v.1, n.1, 2019</b> <b>ISSN: 2674-6913</b></p>
---	---	--

Esses, inclusive, são objetivos previstos pela Constituição Federal de 1988, o de buscar a construção de uma sociedade digna, justa e solidária, em seu art. 3º, inciso I, e ao assegurar ao trabalhador, em seu art. 7º, inciso XXVIII, melhores condições de trabalho no que tange à saúde, à higiene e à segurança, a fim de prevenir acidentes de trabalho.

Nesse contexto, a busca constante por melhores condições de trabalho se torna necessária. Explica Chistiani Marques que:

A condição de trabalho reflete o seu ambiente, que pode condicionar a capacidade produtiva da pessoa humana, com violação ou não de sua integridade, em decorrência dos fatores que interferem na execução da atividade de labor, tais como agentes psíquicos, físicos, biológicos, entre tantos outros. (MARQUES, 2007, p. 25)

As condições dignas de trabalho contribuem para a qualidade de vida do trabalhador que, conseqüentemente, produz mais. Contudo, haverá momentos em que a dignidade humana entrará em conflito com a livre iniciativa. Nessa hora, deverá preponderar a dignidade humana por se tratar de princípio e direito fundamental. Chistiani Marques ressalta que:

O desrespeito da dignidade humana surge pelas limitações, quer do ambiente do trabalho, quer pela depreciação do valor do trabalho humano, afeta a pessoa do trabalhador e, por consequência, gera sua exclusão da sociedade, pois lhe cria uma situação de falta de acesso às oportunidades. (MARQUES, 2007, p. 56)

O professor Ricardo Maurício Freire Soares, quando trata do princípio da dignidade da pessoa humana no sistema constitucional brasileiro, explica que “o legislador constituinte brasileiro conferiu à ideia de dignidade da pessoa humana a qualidade de norma embasadora de todo o sistema constitucional, que orienta a compreensão da totalidade do catálogo de direitos fundamentais” (SOARES, 2010, p. 135), dentre os quais se incluem os direitos sociais dos trabalhadores urbanos e rurais. É nessa perspectiva que o direito fundamental contido no art. 7º, XXIII, da Constituição deve ser interpretado.

Importa frisar que, tendo como base interpretativa e imperativa o princípio da dignidade da pessoa humana, é essencial a adoção de medidas capazes de tornar o meio ambiente de trabalho sadio.

É inegável, contudo, que é possível haver casos em que o risco e o sofrimento pelo trabalho desenvolvido são inevitáveis. Nesses casos, os valores monetários pagos pelos empregadores pelo desgaste da saúde do empregado ou pelo risco a qual são expostos são meramente compensatórios, uma vez que a saúde não tem preço. Nesse sentido, ressalta Vicente de Paula Maciel Junior que:

 <p>LABORJURIS SERVIÇOS EDUCACIONAIS E JURÍDICOS</p>	<p><b>Revista de Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito da Seguridade Social</b></p>	<p><b>JAN/JUN</b> <b>v.1, n.1, 2019</b> <b>ISSN: 2674-6913</b></p>
---	---	--

A conscientização de empregadores e empregados no sentido de que a saúde é um bem que não tem preço e que merece todos os cuidados em sua preservação é o passo fundamental para a redução dos riscos no ambiente de trabalho. A monetarização do risco deve ser substituída por medidas que reduzam efetivamente a ação dos agentes agressivos no organismo. (MACIEL JUNIOR, 2000, p. 698)

Deve-se evitar, contudo, que a monetarização do risco se torne justificativa para que os empregadores se eximam da responsabilidade de adotar medidas para neutralizar ou eliminar as condições inseguras de trabalho. Assim, o pagamento do adicional só se justifica quando pela própria natureza da atividade haja risco à saúde e segurança do trabalhador. Nessa linha, explica Marques que: “não havendo a possibilidade de inexistência do risco diante das necessidades econômicas do Estado, este risco poderá ser potencialmente harmonizado com as garantias mínimas asseguradas ao trabalhador”. (MARQUES, 2007, p. 121).

A monetarização do risco perfaz várias críticas que merecem atenção, sobretudo quando analisadas pela perspectiva do sistema capitalista. Contudo, não aprofundaremos esse tema, uma vez que não é o objeto do presente estudo. Passaremos, pois, a análise dos adicionais previstos no art. 7º, inciso XXIII da Constituição.

### **3. DOS ADICIONAIS PREVISTOS NO ART. 7º, INCISO XXIII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

A Constituição Federal de 1988, ao tratar dos direitos sociais, prevê que:

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 lei;

Desde a Constituição de 1946, já havia a proibição do trabalho insalubre às mulheres e aos menores. Por sua vez, a Consolidação das Leis do Trabalho já conceituava as atividades insalubres e penosas, na sessão XIII do Capítulo da segurança e da medicina do trabalho, por meio da redação dada pela Lei n. 6.514/77.

 <p>LABORJURIS SERVIÇOS EDUCACIONAIS E JURÍDICOS</p>	<p><b>Revista de Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito da Seguridade Social</b></p>	<p><b>JAN/JUN</b> v.1, n.1, 2019 ISSN: 2674-6913</p>
---	---	--

Assim, o presente dispositivo mostra-se como evolução na conquista de direito dos trabalhadores, em especial quanto à previsão do adicional de penosidade, uma vez que as Constituições anteriores à de 1988 não previram o referido adicional.

Os adicionais, embora integrem o salário do trabalhador enquanto pagos, possuem caráter suplementar. Maurício Godinho Delgado explica que "Os adicionais consistem em parcelas contraprestativas suplementares devidas ao empregado em virtude do exercício do trabalho em circunstâncias tipificadas mais gravosas" (DELGADO, 2004, p. 735). Assim, uma vez cessada a situação que deu causa ao adicional, deverá ser interrompido o seu pagamento.

Não se trata de uma indenização, mas sim de um salário condição, de um *plus* salarial pago "em virtude do desconforto, desgaste ou risco vivenciados, da responsabilidade dos encargos superiores recebidos, do exercício cumulativo de funções etc.". (DELGADO, 2004, p. 736).

Os adicionais previstos no inciso XXIII do art. 7º da Constituição Federal incluem-se dentre os adicionais legais abrangentes, uma vez que se aplicam a qualquer empregado que se encontrem na situação legalmente tipificada.

A legislação brasileira veda a cumulação dos adicionais de periculosidade e de insalubridade. Assim, caberá ao empregador optar pelo que entender mais conveniente. Contudo, há precedente na 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho no sentido de permitir acumulação dos adicionais de penosidade e insalubridade.

Com relação aos adicionais de periculosidade e insalubridade, que já se encontram regulados pela lei, sempre que houver pedido desses adicionais, deverá ser designada perícia, conforme previsão do art. 195 da CLT: "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".

Entendemos que esse dispositivo deverá ser estendido para os casos em que for pedido o adicional de penosidade, devendo, portanto, ser realizada perícia.

Cumpramos ressaltar que se não for possível a realização de perícia, o juiz deverá julgar por outros meios de prova, conforme previsto pela Orientação Jurisprudencial n. 278 da SDI-I. Ademais, se o próprio empregador paga o adicional, contudo, de forma errada, não haverá necessidade de perícia.

Por fim, quando realizada a perícia, se essa constata que o risco à saúde do trabalhador se deu por outro agente, que não o descrito na exordial, o pedido deverá ser deferido mesmo assim, conforme Súmula 293 do TST.

### 3.1 Do Adicional de Periculosidade

O adicional de periculosidade é devido sempre que o empregado estiver exposto a agentes nocivos que coloquem em risco a sua integridade física. Prevê o art. 193 da CLT:

 <p>LABORJURIS SERVIÇOS EDUCACIONAIS E JURÍDICOS</p>	<p><b>Revista de Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito da Seguridade Social</b></p>	<p><b>JAN/JUN</b> <b>v.1, n.1, 2019</b> <b>ISSN: 2674-6913</b></p>
---	---	--

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:

I - inflamáveis, explosivos ou energia elétrica;

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

(...)

§ 4º São também consideradas perigosas as atividades de trabalhador em motocicleta.

O § 4º do art. 193 é uma inovação trazida pela Lei n. 12.997 de 18 de junho de 2014, que alterou o referido artigo para incluir dentre as atividades consideradas perigosas as realizadas em motocicletas.

Assim, atualmente, quem trabalha com explosivos, inflamáveis, rede de energia elétrica, segurança e utilizando motocicleta, tem direito ao adicional de 30% sob o seu salário base, conforme previsto pelo art. 193, §1º, CLT.

Vale ressaltar que, para ter direito ao pagamento do adicional de periculosidade, o empregado deverá estar exposto permanentemente ou intermitentemente às condições de risco, conforme prevê a Súmula 364 do TST.

### 3.2 Do Adicional de Insalubridade

O adicional de insalubridade, por sua vez, é devido sempre que o empregado estiver exposto, ainda que de forma intermitente, a agente nocivo a sua saúde. Assim prevê o art. 189 da CLT:

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.

A depender do grau de nocividade do agente ao qual o trabalhador esteja exposto haverá um percentual distinto do referido adicional. Assim, a insalubridade poderá ser em grau mínimo, que ensejará o adicional de 10%; em grau médio, no qual o adicional será de 20%; e, por fim, em grau máximo, no qual o adicional será de 40%.

	<b>Revista de Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito da Seguridade Social</b>	<b>JAN/JUN</b> <b>v.1, n.1, 2019</b> <b>ISSN: 2674-6913</b>
---	--	---

Os referidos adicionais serão calculados sob o salário mínimo, conforme art. 192 da CLT, tendo em vista que a Súmula 228, que previa como base de cálculos o salário base, encontra-se suspensa.

Cumprido ressaltar que o agente insalubre apontado pelo laudo deve fazer parte da relação oficial do Ministério do Trabalho e Emprego; caso contrário, o adicional não será pago, conforme Súmula 448 do TST.

Ademais, conforme Súmulas 80 e 289 do TST, o simples fornecimento de Equipamento de Proteção Individual (EPI) não exige o empregador do pagamento do adicional. Contudo, se constatado por meio de perícia que o seu fornecimento eliminou o agente nocivo, o empregador poderá parar de pagar o adicional. Ressalte-se que, uma vez fornecido o equipamento, o empregado é obrigado a utilizá-lo.

Vale destacar que a exposição ao calor excessivo, independentemente se em ambiente interno ou externo, gera o pagamento do adicional de insalubridade, conforme OJ 173 da SDI-I. A exposição ao sol, por si só, não gera direito do adicional de insalubridade.

Por fim, dentre os adicionais previstos no inciso XXIII do art. 7º da Constituição Federal, encontra-se o adicional de penosidade, que passaremos a estudar.

## 4. DO ADICIONAL DE PENOSIDADE

### 4.1 Do Trabalho Penoso

O vocábulo "penoso" está relacionado com aquilo que é doloroso, que incomoda. A própria noção de trabalho, na sua origem, relaciona-se com sofrimento e com o castigo. Conforme explica Christiani Marques (2007), a palavra trabalho advém do latim "*tripalus*", que significa "troco", normalmente usado para ferrar animais de grande porte. Daí o verbo "*tripaliare*", que significa "torturar".

Na antiguidade, justificava-se tal relação, uma vez que só se considerava como trabalho a atividade realizada pelos escravos, que era forçada e sem contraprestação. O trabalho, pois, estava meramente relacionado ao labor físico. Houve, contudo, uma ampliação da noção de trabalho, incluindo-se tanto atividades manuais, quanto artísticas e intelectuais.

O trabalho passou a ser visto como aquilo que dignifica o homem. Contudo, em grande parte, o conceito atual de trabalho não se afasta da sua noção original, dada a sua obrigatoriedade, uma vez que o trabalho é necessário à subsistência do homem.

Assim, ainda hoje, muitas pessoas trabalham ainda que sem querer, com opções restritas de escolha, uma vez que o trabalho é necessário para a sua subsistência e de sua família. Essa obrigatoriedade faz com que o trabalho se torne incômodo e desgastante, não pela sua natureza, mas pela forma com que o obreiro o encara.

 <p>LABORJURIS SERVIÇOS EDUCACIONAIS E JURÍDICOS</p>	<p><b>Revista de Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito da Seguridade Social</b></p>	<p><b>JAN/JUN</b> v.1, n.1, 2019 ISSN: 2674-6913</p>
---	---	--

Resta claro que a intenção do legislador constituinte em incluir, no inciso XXIII do art. 7º, o adicional pelo trabalho penoso não foi de abarcar todas as formas de trabalho em que o indivíduo sofresse algum incômodo, mas sim, a de dar uma contraprestação àquelas atividades que gerem desgaste físico e emocional fora do normal.

O Sr. relator Mário Lima, na 15ª reunião ordinária constituinte, trouxe o trabalho em turnos de revezamento como sendo penoso. Assim, ressalta o constituinte:

O número de doenças profissionais no Brasil, das quais ainda não sabem as causas, é muito grande particularmente em indústrias insalubres e penosas. O problema do revezamento de turno, também, provoca no trabalhador mudança psíquica e biológica. (p. 185)

Ademais, quando da regulação das hipóteses de aposentadoria especial, os constituintes Antônio Carlos Mendes Thame e Floriceno Paixão ressaltaram que a atividade penosa não expõe o trabalhador a risco, devendo, portanto, restar em parte separada: "o segurado exercer atividade penosa ou que o exponha a risco" (p. 302).

Depreende-se, pois, que a intenção do constituinte foi resguardar aquelas atividades que, embora não expusessem o trabalhador ao risco, como as insalubres e perigosas, lhe causassem desgaste acima do normal.

A doutrina vem tentando chegar a um consenso do que seria atividade penosa. Georgenor de Sousa Franco Filho, citado por Eduardo Gabriel Saad, defende que:

o trabalho penoso há de ser o desgastante, o exaustivo, o fadigante, o que demanda excessiva força física do obreiro, o executado em situações excepcionais que refogem aos dois primeiros, mas que não se pode considerar como trabalho normal. (SAAD, 1989, p. 147).

Christiane Marques, por sua vez, conceitua o trabalho penoso como sendo:

Aquele relacionado 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. (MARQUES, 2007, p. 64)

O conceito trazido pela autora, contudo, merece ressalvas, tendo em vista que não é todo trabalho que cause insatisfação e ansiedade que pode ser considerado como penoso, uma

 <p>LABORJURIS SERVIÇOS EDUCACIONAIS E JURÍDICOS</p>	<p><b>Revista de Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito da Seguridade Social</b></p>	<p><b>JAN/JUN</b> <b>v.1, n.1, 2019</b> <b>ISSN: 2674-6913</b></p>
---	---	--

vez que tais conceitos se encontram no foro íntimo do indivíduo, não sendo possível o legislador definir um conceito com tamanha amplitude, sob pena de inviabilizar a economia do país.

Às vezes, o que gera insatisfação para uma pessoa, pode não gerar para a outra. O que se busca, para incidir o adicional, são trabalhos que, pela sua natureza, causem desgaste excessivo ao trabalhador, embora possam não causar risco a sua saúde.

Moacir Motta da Silva, citado por Katiuscia Wagner do Nascimento, traz alguns elementos objetivos que caracterizam a atividade penosa. Para o autor:

É considerada atividade penosa, para efeitos do disposto no art. 7, XXIII, da Constituição Federal, o trabalho realizado sob um ou mais dos seguintes agentes patogênicos: trabalho sob ruído ou vibrações; temperatura de trabalho anormais; trabalho sob ar comprimido; atividades submersas; ambientes de trabalho sujeito a gases e vapores; trabalho em condições de umidade anormais; trabalhos que exijam esforço físico para levantamento de pesos; trabalhos que demandam concentração mental, acuidade auditiva e acuidade visual perfeitas. (NASCIMENTO, 2012, p. 90/91)

Ressalte-se, contudo, que o trabalho penoso não exclui o trabalho insalubre. Assim, o trabalho pode gerar danos à saúde do trabalhador e, ao mesmo tempo, incômodo excessivo, como o trabalho em subsolo. Assim como existem casos em que apenas agridem a saúde; contudo, quando do labor, tais agentes não são percebidos, não sendo, portanto, penosos. Podemos citar como exemplo os mineradores que não descem para o subsolo, mas que respiram diariamente a sílica. Por fim, há trabalhos que podem ser considerados penosos, mas que não geram dano à saúde do trabalhador, como é o caso dos trabalhadores que laboram na construção de torres em alturas elevadas.

A psicóloga Leny Sato, citada por Sebastião Geraldo Oliveira, elaborou uma relação de atividades que considera visivelmente penosas, que seriam aquelas que implicam:

- a) esforço físico intenso no levantamento, transporte, movimentação, carga e descarga de objetos, materiais, produtos e peças;
- b) posturas incômodas, viciosas e fatigantes;
- c) esforços repetitivos;
- d) alternância de horários de sono e vigília ou de alimentação;
- e) utilização de equipamentos de proteção individual que impeçam o pleno exercício de funções fisiológicas, como tato, audição, respiração, visão, atenção, que leve à sobrecarga física e mental;
- f) excessiva atenção ou concentração;

g) contato com o público e atendimento direto com pessoas em atividades de primeiros socorros, tratamento e reabilitação que acarretem desgaste psíquico;

h) trabalho direto com pessoas em atividades de atenção, desenvolvimento e educação que acarretem desgaste psíquico e físico;

i) confinamento ou isolamento;

j) contato direto com substâncias, objetos ou situações repugnantes e cadáveres humanos e animais;

k) trabalho direto na captura e sacrifício de animais.

Depreende-se que o trabalho penoso para a psicóloga está tanto relacionado a situações em que há esforço físico, quanto aquelas que implicam desgaste psíquico.

Por sua vez, Christiani Marques (2007) traz como exemplos de atividades penosas as exercidas por motoristas, cobradores e motoristas e táxi; bancários; telefonistas, operadores de telemarketing e digitadores; metroviários; trabalhadores em jornada de turno ininterrupto de revezamento; piloto de avião de caça; altos executivos; trabalhadores que atuam no mercado financeiro; e o magistério.

Depreende-se que, na ausência de regulamentação, deve-se analisar casos a caso o que configura o trabalho penoso. Para tanto, faz-se necessária a análise de suas consequências na vida e saúde do trabalhador.

#### **4.2 Das Consequências do Trabalho Penoso**

O trabalho possui potencial para elevar a autoestima dos indivíduos quando exercido de forma prazerosa e quando respeita a dignidade do ser humano, valorizando-o e o estimulando. Contudo, quando o labor é penoso, causando sofrimento ao trabalhador, pode desenvolver distúrbios devido ao desgaste mental e/ou físico excessivo.

Christiani Marques (2007) aponta algumas das causas desses desgastes. Dentre elas estão: o ritmo acelerado de trabalho, a ausência de descanso durante a jornada e as condições precárias do ambiente de trabalho. Podemos ainda citar como exemplo as exigências de cumprimento de metas muitas vezes inalcançáveis, sem levar em conta as individualidades do empregado, o que gera o sentimento de angústia e de dever não cumprido.

Dentre o rol de psicopatologias previsto pela lei de benefícios da Previdência Social, Lei n. 8.213/91, regulada pelo Decreto n. 3.048/99, Anexo II, podemos identificar como causadas pelo exercício de atividades penosas, dadas as condições de trabalho: *stress*; depressão; outros transtornos neuróticos especificados, como a neurose profissional; Transtorno do

 <p>LABORJURIS SERVIÇOS EDUCACIONAIS E JURÍDICOS</p>	<p><b>Revista de Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito da Seguridade Social</b></p>	<p><b>JAN/JUN</b> v.1, n.1, 2019 ISSN: 2674-6913</p>
---	---	--

Ciclo de Vigília-Sono devido a fatores não orgânicos; e sensação de estar acabado (“Síndrome de *Burn-Out*”, “Síndrome do Esgotamento Profissional”).

Contudo, as consequências do exercício de trabalho penoso não se restringem às doenças ocupacionais, mas incluem, também, o sofrimento do trabalhador, ainda que este não gere nenhuma enfermidade.

#### **4.3 Da Previsão Legal do Adicional de Penosidade**

Embora ainda não haja regulamentação geral tratando sobre o adicional pelo trabalho penoso, foram editadas algumas leis infraconstitucionais esparsas versando sobre a matéria, seja para concessão do adicional ou para garantir aos trabalhadores expostos às atividades penosas alguma contrapartida.

A Lei nº 9.193, de 26 de dezembro de 1996, da Câmara Municipal de Campinas-SP, instituiu o adicional de penosidade para as atividades de plantões em hospitais, por considerá-las atividades penosas. Contudo, foi revogada pelo Decreto n. 13.122/1999, que previa medidas de redução de despesas com pessoal.

Outra lei que tratou sobre o tema foi a Lei n. 7.850/1989, que considerava como penosa a atividade de telefonista. A referida lei foi revogada pelo Decreto n. 99.351/90.

Em pesquisa realizada em 2012, Katuscia Wagner do Nascimento identificou que, desde 1993, a câmara dos deputados havia elaborado mais de sessenta projetos de lei para tratar de algumas atividades penosas. Desses, quarenta e dois estavam inativos, quatro arquivados e os demais em tramitação.

Destacamos o PLS 325, de 2013, que pretendia disciplinar o trabalho penoso, no âmbito urbano e rural, e alterar a Seção XIII do Capítulo V, da CLT, que trata das atividades insalubres e perigosas. O referido projeto, contudo, foi arquivado em 26 de dezembro de 2014.

Percebe-se, portanto, que a ausência de regulamentação existe não pela falta de iniciativa em elaborar projetos de lei, uma vez que projetos existem, o que se percebe é a falta de interesse na aprovação destes projetos.

#### **5. DA POSSIBILIDADE DE PREVISÃO DO ADICIONAL DE PENOSIDADE EM NORMA COLETIVA**

Dentre os mecanismos que podem ser adotados para suprir a ausência de disciplina legal está a negociação coletiva. Assim, embora a lei não tenha regulamentado o adicional de penosidade, que, como visto, foi garantido pela Constituição Federal de 1988, é possível a sua previsão através de norma coletiva.

 <p>LABORJURIS SERVIÇOS EDUCACIONAIS E JURÍDICOS</p>	<p><b>Revista de Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito da Seguridade Social</b></p>	<p><b>JAN/JUN</b> v.1, n.1, 2019 ISSN: 2674-6913</p>
---	---	--

Nesse aspecto, cumpre ressaltar o importante papel da representação sindical na prevenção da saúde do trabalhador. A própria Constituição da República determina o reconhecimento das normas coletivas, em seu art. 7º, inciso XXIV. Assim, as convenções e os acordos coletivos de trabalho são normas cogentes e importantes instrumentos para suprir omissões do Poder Legislativo.

Contudo, dada à ausência de regulamentação geral, a concessão do adicional de penosidade por meio de instrumento coletivo é facultativa. Esse é o entendimento da 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região:

Penosidade e insalubridade. Adicional. Como o adicional de penosidade instituído pela CF/88 não foi regulamentado, a sua concessão, inclusive por norma coletiva, constitui mera liberalidade da empresa. (TRT da 2ª Reg (São Paulo), Ac. 4ª T. 02960182663, DOESP 12.04.96, Rel.: Juiz José de Ribamar da Costa).

Embora se trate de mera liberalidade, há no Brasil alguns casos de negociações coletivas nas quais foi previsto o adicional de penosidade. Cite-se, como exemplo, o acordo coletivo de trabalho 2003/2004, entre a Empresa Transmissora de Energia Elétrica do Sul do Brasil S.A. – ELETROSUL e Sindicatos dos Trabalhadores na Indústria de Energia Elétrica de Florianópolis, de Santa Catarina, do Vale do Itajaí, dentre outros sindicatos profissionais, que previa em sua Cláusula Quinta que o adicional de penosidade, na ELETROSUL, seria aplicado no percentual de 2%, até a regulamentação do art. 7º, XXIII da Constituição Federal.

Ainda, a convenção coletiva de trabalho 2002/2003 celebrado entre sindicatos da construção civil de Tocantins, que previa em sua Cláusula Quarta que os trabalhadores da categoria, quando trabalharem em balancinhos, na construção de torres e de elevadores de serviço, terão direito ao adicional de penosidade de 20% do respectivo salário.

O que se percebe dos dois exemplos citados é que, por se tratar de negociação coletiva, e por não existir lei regulamentando a matéria, as partes possuem plena liberdade para fixarem o percentual que entenderem mais devido, o que nem sempre será equivalente ao desgaste sofrido pelo trabalhador, não sendo esse o intuito do legislador constituinte.

## **6. DA EFICÁCIA DO DIREITO AO ADICIONAL DE PENOSIDADE**

Há na doutrina classificação das normas constitucionais pelo critério da aplicabilidade em normas de eficácia plena, contida e limitada. As normas constitucionais de eficácia plena são aquelas que contêm todos os elementos necessários a sua aplicação imediata. São normas auto executáveis, como, por exemplo, a obrigatoriedade do voto aos maiores de 18 anos (art. 14, §1º, inciso I da CF/88).

 <p>LABORJURIS SERVIÇOS EDUCACIONAIS E JURÍDICOS</p>	<p><b>Revista de Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito da Seguridade Social</b></p>	<p><b>JAN/JUN</b> <b>v.1, n.1, 2019</b> <b>ISSN: 2674-6913</b></p>
---	---	--

As normas de eficácia contida, por sua vez, embora também auto executáveis, podem sofrer limitações pelo legislador infraconstitucional, como o caso do art. 170, parágrafo único da Constituição Federal que assegura “a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

Por fim, as normas de eficácia limitada, conforme explica Paulo Gustavo Gonet Branco, “somente produzem os seus efeitos essenciais após o desenvolvimento normativo posterior” (BRANCO e MENDES, 2012, p. 78/79), sendo normas incompletas. Como exemplo, temos o art. 37, IX, da CF que prevê que “a lei estabelecerá os casos de contratação temporária de excepcional interesse público”.

O direito ao adicional de penosidade, como visto, está previsto no art. 7º, XXIII da CF/88:

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 lei;

A jurisprudência majoritária tem caminhado no sentido de que o referido artigo é norma constitucional de eficácia limitada, por entenderem que a ausência de regulamentação impede a aplicação do referido direito fundamental. Podemos citar como exemplo o julgamento do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, de relatoria de Francisco Ferreira Jorge Neto, que assim entendeu:

ADICIONAL DE PENOSIDADE. A Recorrente insiste fazer jus ao adicional de penosidade, eis que teria laborado em atividades penosas, com extremo desgaste ao organismo, seja de ordem física ou psicológica. O julgado indeferiu o pleito por falta de amparo legal ou convencional. Comunga-se do entendimento do Magistrado a quo. O adicional de penosidade encontra previsão no artigo 7º, XXIII da Constituição Federal, sendo que até a presente data não foi regulamentado no âmbito infraconstitucional. Portanto, o artigo constitucional é norma de eficácia limitada, a qual depende da atuação do legislador infraconstitucional para produzir efeitos. (...). Apesar de previsão constitucional, inexistindo regramento pela legislação trabalhista infraconstitucional do adicional de penosidade, não se tem definido os critérios para sua caracterização (hipóteses de incidência), bem como alíquota/percentual, base de cálculo, etc. Em função do princípio da legalidade (art. 5º, II, CF), o empregador não pode ser compelido ao seu pagamento. Por tais motivos, rejeita-se o apelo (TRT-2 - RECURSO ORDINÁRIO 0001738-90.20125020076. Data de publicação: 21/06/2013)

No mesmo sentido, caminha o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, conforme seguinte julgado:

 <p>LABORJURIS SERVIÇOS EDUCACIONAIS E JURÍDICOS</p>	<p><b>Revista de Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito da Seguridade Social</b></p>	<p><b>JAN/JUN</b> <b>v.1, n.1, 2019</b> <b>ISSN: 2674-6913</b></p>
---	---	--

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 (TRT-4 - Recurso Ordinário RO 0000922.65-2011.5.04.0601, 18/12/2013, Relator João Guisleni Filho).

Dada a máxima venha, entendemos que o art. 7º, inciso XXIII da Constituição Federal é norma constitucional de eficácia contida, possuindo, portanto, incidência direta e imediata, embora não integral, uma vez que se inclui dentre os direitos sociais dos trabalhadores e que se funda no princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, embora possa sofrer restrições pelo poder público, independe de lei para produzir seus efeitos jurídicos.

Em vista disso, ainda que o Poder Legislativo não edite lei que regulamente o adicional, entendemos que a norma constitucional em questão deve ser aplicada de forma imediata. Cabe aos operadores do direito, sobretudo aos magistrados, o papel fundamental de estabelecer precedentes para suprir a omissão legislativa, utilizando-se dos princípios e da analogia para a fixação de percentuais, até que sobrevenha lei regulando a matéria.

Não se pode olvidar, ainda, da possibilidade de ingresso com Mandado de Injunção, conforme previsão do art. 5º, inciso LXXI da Constituição Federal, assumindo o Poder Judiciário papel concretizador de direitos fundamentais diante da inércia dos demais poderes. Nesse sentido, são os ensinamentos do professor Ricardo Maurício:

O Estado Constitucional pós-moderno está submetido ao ideal de uma democracia substitutiva ou material, razão pela qual as eventuais inércias do Poder Legislativo e do Poder Executivo devem ser supridas pela atuação do Poder Judiciário, mediante mecanismos jurídicos previstos pela própria Constituição (por exemplo, o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental). (SOARES, 2010, 152).

O referido estudo teve por objetivo ressaltar a importância de um meio ambiente de trabalho digno e sadio, reascendendo o foco ao direito social ao adicional de penosidade, que se encontrava esquecido. Por fim, tentou-se estimular a busca pela concretização do referido direito, apresentando os meios através dos quais ela é possível, estimulando-se a construção de uma jurisdição emancipatória, na qual os direitos fundamentais atinjam sua máxima eficácia.

## 7. CONCLUSÃO

Do exposto, conclui-se que:

	<b>Revista de Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito da Seguridade Social</b>	<b>JAN/JUN</b> <b>v.1, n.1, 2019</b> <b>ISSN: 2674-6913</b>
---	--	---

1. A proteção ao trabalho penoso encontra seu fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana e visa coibir condições de trabalho que exponham o trabalhador a grande sofrimento, embora possa não representar risco à sua saúde e integridade física;
2. O exercício do trabalho penoso pode gerar sofrimento ao trabalhador e causar-lhe distúrbios devido ao desgaste mental e físico excessivo;
3. A Constituição Federal de 1988 previu o adicional de penosidade dentre os direitos sociais dos trabalhadores urbanos e rurais. Contudo, ainda não foi aprovada lei geral que defina o que seria trabalho penoso, o percentual do adicional e sua base de cálculo;
4. As negociações coletivas são importantes instrumentos para suprir a omissão legislativa. Assim, o adicional de penosidade pode ser previsto em acordos e convenções coletivas de trabalho, embora seja facultado às partes a sua definição;
5. O art. 7º, inciso XXIII da Constituição Federal é norma constitucional de eficácia contida, pois, embora possa sofrer restrições do poder público, ela não depende de lei infraconstitucional para produzir seus efeitos, possuindo, incidência direta e imediata, embora não integral.
6. O magistrado pode suprir a omissão legislativa, utilizando-se da analogia e princípios, ao se deparar com um caso concreto no qual a situação de trabalho penoso é evidente.

## REFERÊNCIAS

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; e MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional* – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho* – 3. ed. – São Paulo: LTr, 2004.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Significado do trabalho penoso. In: SAAD, Eduardo Gabriel. *Constituição e direito do trabalho* – 2. ed. – São Paulo: LTr, 1989.

MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. Proteção jurídica à saúde do trabalhador. In: *Fundamentos do direito do trabalho – Estudos em homenagem ao ministro Milton de Moura França*. São Paulo: LTr, 2000.

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

NASCIMENTO, Katiúscia Wagner do. *O adicional de penosidade à luz do princípio da dignidade da pessoa humana*. Revista Novatio Iuris. vol. 4. n. 2, 2012. Disponível em: <<http://fadergs.edu.br/index.php/direito/article/view/81>>. Acesso dia: 25 de agosto de 2015.

 LABORJURIS SERVIÇOS EDUCACIONAIS E JURÍDICOS	<b>Revista de Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito da Seguridade Social</b>	<b>JAN/JUN</b> <b>v.1, n.1, 2019</b> <b>ISSN: 2674-6913</b>
--	--	---

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011.

STUCHI, Victor Hugo Nazário. O trabalho penoso e a dignidade da pessoa humana. In: PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de (coord.). *Direitos humanos e direito do trabalho*. – São Paulo: Atlas, 2010, p. 222-240.

SAAD, Eduardo Gabriel. *Constituição e direito do trabalho*. – 2. ed. – São Paulo: LTr, 1989.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2010.

Submissão: Março/2016

Publicação: junho/2019