

ADICIONAL DE PENOSIDADE: CONCEITO E PERSPECTIVAS DE REGULAMENTAÇÃO

Lucas Scarpelli de Carvalho Alacoque¹

Resumo: A CR/88 incorporou normas trabalhistas, prevendo o pagamento de adicional sobre a atividade considerada penosa. No entanto, o adicional de penosidade não foi alvo de legislação específica até o presente momento. O presente artigo dissecará o conceito de penosidade e as perspectivas de regulamentação do adicional, como forma de se suprir tal lacuna.

Palavras-Chave: Penosidade. Adicional. Regulamentação.

PENALTY ADDITIONAL WAGE: DEFINITION AND REGULATION PERSPECTIVE

Abstract: The Brazilian Constitution determines the payment of additional wages for penalty activities, according to law. However, the penalty additional has not been yet legally regulated. This work has the objective of analyzing the definition of penalty activities, indicating perspectives of its regulation under the lights of our law order.

Keywords: Penalty. Additional wage. Regulation.

Tópicos: 1 Introdução. 2 Desenvolvimento. 2.1 Evolução da Proteção à Saúde do Trabalhador. 2.2 Dos Adicionais Legais. 2.3 Penosidade. 2.3.1 Conceito. 2.3.2 Regulamentação. 2.3.3 Previsão em Instrumentos Normativos. 2.4 Mandado de Injunção. 2.4.1 Conceito. 2.4.2 Possibilidade de Utilização. 3 Con-

¹ Mestrando em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Estado de Minas Gerais. Servidor do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

clusão

1 INTRODUÇÃO



Direito do Trabalho nacional, como em outros países, reserva ao trabalhador proteção especial, diante de sua hipossuficiência em relação a seu empregador. Tal característica se faz presente em razão do princípio da isonomia, consagrado pelo art. 5º da Constituição de 1988.

A própria Carta Magna elenca, no art. 7º, diversas garantias ao empregado. Dentre elas, a maioria de conhecimento inclusive do leigo, estão o adicional de periculosidade, de insalubridade e o de trabalho noturno. Todos esses adicionais encontram regulamentação e já foram tratados à exaustão por doutrina e jurisprudência.

Ocorre que o inciso XXIII do mencionado artigo prevê outro adicional, para remunerar atividade penosa. Ora, da análise da legislação trabalhista em vigor se conclui que tal adicional foi ‘esquecido’ pelos construtores do ordenamento jurídico nacional a partir da promulgação da Lei Maior.

É necessário, assim, apontar que, tendo em vista a debilitação do trabalhador em face de quem o emprega, é justa a regulamentação desse adicional. Cabe lembrar que a atividade penosa seria, a princípio, uma atividade gravosa para o empregado. Faz-se necessário, portanto, que aqueles indivíduos que trabalhem em condição mais onerosa percebam o adicional relativo, realizando assim um dos propósitos do Direito do Trabalho que é a melhoria das condições de labor.

Por outro lado, percebe-se que a definição de atividade penosa, bem como a elaboração de um rol de condições que qualifiquem tal atividade sem caracterização de insalubridade ou periculosidade, apresenta diversas dificuldades ao legislador. Isso porque não se sabe ainda se seria correto determinar

se uma certa condição é penosa ou não, pois tal conceito é extremamente fluido e se transforma na concepção de cada pessoa.

O trabalho de pesquisa a ser apresentado se justifica pela não regulamentação do adicional de penosidade, que poderia ser instituído para o devido aumento das garantias concernentes à relação de emprego e proteção do trabalhador. Para isso, faz-se necessário apresentar o conceito de atividade penosa e as perspectivas de sua regulamentação, bem como analisar a possibilidade de utilização de remédios constitucionalmente previstos para a instituição de tal parcela salarial.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO À SAÚDE DO TRABALHADOR

É de conhecimento geral que o Direito do Trabalho surgiu, inicialmente, para retirar da situação de extrema penúria a grande parte da classe do proletariado, que surgiu no continente europeu a partir de meados do século XVIII. O historiador Eric J. HOBBSBAWM (2000, p. 420), relata, na obra *Mundos do Trabalho*, que as leis protetoras das relações trabalhistas surgiram mesmo antes do advento da Revolução Industrial:

Sem dúvida, os trabalhadores comuns da maior parte da Europa pré-industrial acreditam que tinham ou que podiam exigir certos direitos. E mais, mesmo quando esses direitos não eram reconhecidos como legalmente válidos perante as cortes das autoridades governamentais, e eles podiam sê-lo ou não, algumas dessas prerrogativas eram moralmente aceitas até mesmo pelos governos e pelas classes dominantes. Desta forma, o preâmbulo do Estatuto dos Artífices do período Elisabetano, em 1563, nitidamente considerava como sendo dever do Estado ‘banir a indolência, incentivar a lavoura e garantir aos empregados salários proporcionalmente convenientes, tanto nos tempos de escassez como nos tempos de lavoura’.

Paralelamente, se desenvolviam os primeiros estudos científicos sobre doenças ocupacionais, baseados em descobertas realizadas à época do Império Romano. No ano 1700, a obra *De Morbis Artificum Diatriba*, do médico Italiano Bernardino Ramazzini, tornou-se a grande referência de estudo sobre saúde do trabalhador, pois listava as doenças relacionadas a diversas profissões (OLIVEIRA, 1998, p. 53).

Posteriormente, na Carta Encíclica *Rerum Novarum*, a Igreja Católica Apostólica Romana demonstrou preocupação com tal assunto, conforme se verifica no texto do documento:

Em todo o caso, estamos persuadidos, e todos concordam nisto, de que é necessário, com medidas prontas e eficazes, vir em auxílio dos homens das classes inferiores, atendendo a que eles estão, pela maior parte, numa situação de infortúnio e de miséria imerecida.

[...]

Quanto aos ricos e aos patrões, não devem tratar o operário como escravo, mas respeitar nele a dignidade do homem, realçada ainda pela do Cristão

[...]

No que diz respeito aos bens naturais e exteriores, primeiro que tudo é um dever da autoridade pública subtrair o pobre operário à desumanidade de ávidos especuladores, que abusam, sem nenhuma descrição, tanto das pessoas como das coisas. Não é justo nem humano exigir do homem tanto trabalho a ponto de fazer pelo excesso da fadiga embrutecer o espírito e enfraquecer o corpo.

A actividade (sic) do homem, restrita como a sua natureza, tem limites que se não podem ultrapassar. O exercício e o uso aperfeiçoam-na, mas é preciso que de quando em quando se suspenda para dar lugar ao repouso. Não deve, portanto, o trabalho prolongar-se por mais tempo do que as forças permitem. Assim, o número de horas de trabalho diário não deve exceder a força dos trabalhadores, e a quantidade de repouso deve ser proporcionada à qualidade do trabalho, às circunstâncias do tempo e do lugar, à compleição e saúde dos operários. O trabalho, por exemplo, de extrair pedra, ferro, chumbo e outros materiais escondidos debaixo da terra, sendo mais pesado e nocivo à saúde, deve ser compensado com uma du-

ração mais curta. Deve-se também atender às estações, porque não poucas vezes um trabalho que facilmente se suportaria numa estação, noutra é de facto (sic) insuportável ou somente se vence com dificuldade.²

Outro marco relativo ao assunto foi a criação da Organização Internacional do Trabalho, entidade internacional criadora de diversas normas protetivas. Veja-se, por exemplo, a Convenção de nº 16, que trata da obrigatoriedade de exame médico para os trabalhadores menores de idade em embarcações marítimas³; a Convenção de nº 42, que trata da possibilidade de indenização por motivo de enfermidade profissional⁴; a Convenção de nº 155, que determina a adaptação dos instrumentos de trabalho ao obreiro visando à preservação de suas melhores condições físicas e mentais⁵, dentre outras várias.

Cabe ressaltar que os adicionais legais, em sua maioria, estão intimamente ligados à potencialidade de lesões à integridade física e psíquica do trabalhador, assunto que será visto posteriormente.

2.2 DOS ADICIONAIS LEGAIS

Conceituam-se os adicionais como as “parcelas contraprestativas suplementares devidas ao empregado em virtude do exercício do trabalho em circunstâncias tipificadas mais gravosas”, conforme lição de Maurício Godinho DELGADO (2008, p. 737). Os adicionais são parcelas salariais, integrando a remuneração do empregado para todos os fins, e estão previstos

² IGREJA CATÓLICA. Papa Leão XIII. *Rerum Novarum: Sobre a Condição dos Operários*. Disponível em:

<http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_1-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html> Acesso em 10/08/2011.

³ OIT. Convenção nº 16. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/node/400>> Acesso em 01/09/2011.

⁴ OIT. Convenção nº 42. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/node/451>> Acesso em 01/09/2011.

⁵ OIT. Convenção nº 155. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/node/504>> Acesso em 01/09/2011.

de forma esparsa na legislação autônoma e heterônoma trabalhista.

Veja-se, por exemplo, que a Constituição de 1988 se ocupou do assunto, taxando como Direitos Sociais certos adicionais:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

IX – remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;

[...]

XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;

[...]

XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;⁶

A positivação na Carta Magna desses direitos é, sem dúvida, uma grande conquista dos trabalhadores. No entanto, a situação atual do obreiro ainda não é confortável. Cabe questionar, neste contexto, o que seria mais benéfico: a redução dos riscos atinentes à atividade exercida com escopo produtivo ou o simples pagamento de uma quantia suplementar? É o questionamento estudado por OLIVEIRA (1998, p. 46):

A solução retrógrada de se compensar a agressão por adicionais (monetização do risco) vem sido banida, com energia, pelos trabalhadores, sob a bandeira coerente de que ‘a saúde não se vende’. De fato, a crescente dignificação do trabalho repele a política de remunerar as agressões à saúde, acelerando o desgaste do trabalhador e acelerando sua morte.

2.3 PENOSIDADE

2.3.1 CONCEITO

⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em 10/08/11.

Conforme já ressaltado em tópico anterior, a Constituição da República de 1988 incluiu como direitos inerentes aos trabalhadores urbanos e rurais o “adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei”⁷. Atualmente, estão regulamentados os adicionais relativos aos dois últimos tipos de atividade citados, restando assim necessária a regulamentação do adicional de penosidade.

Para que tal movimento legislativo seja possível, é essencial dissecar o instituto da penosidade trazido à baila pela Constituição, analisando suas características e, por fim, formulando seu conceito.

O vocábulo *penoso* é descrito pelo dicionário Houaiss como aquele “Que é causa de dor, sofrimento ou incômodo [...]. Que requer grande esforço ou grande sacrifício”⁸. Desde já, verifica-se que tal conceito é extremamente subjetivo, pois aquilo que importa grande pena para alguns pode não ser incômodo a outros. É, portanto, difícil estabelecer um conceito de trabalho penoso.

Cretella JÚNIOR (*apud* OLIVEIRA, 1998, p. 136), nos apresenta a definição com maior aceitação na atualidade, colocando a penosidade como suplementadora da lacuna existente entre os conceitos já instituídos pela doutrina de periculosidade e insalubridade:

Penoso é o trabalho acerbo, árduo, amargo, difícil, molesto, trabalhoso, incômodo, laborioso, doloroso, rude [...]. Penosas são, entre outras, as atividades de ajuste a reajuste de aparelhos de alta precisão (microscópios, rádios, relógios, televisores, computadores, vídeos, fornos de microondas, refrigeradores), pinturas artesanais de tecidos e vasos, em indústrias, bordados microscópicos, restauração de quadros, de es-

⁷ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em 27/09/11.

⁸ DICIONÁRIO HOUAISS DE LÍNGUA PORTUGUESA. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=penoso&stype=k>> Acesso em 01/08/2011.

culturas danificadas pelo tempo, por pessoas ou pelo meio ambiente, lapidação, tipografia fina, gravações, revisão de jornais, revistas, tecidos, impressos. Todo esse tipo de atividade não é perigosa, nem insalubre, mas penosa, exigindo atenção e vigilância acima do comum.

Os projetos de lei relativos ao tema que tramitam no Congresso, seguindo a tendência de nosso ordenamento jurídico, também trazem definições. É o caso, por exemplo, do Projeto de Lei nº 4243/2008, de autoria do Deputado Federal Maurício Rands:

Considera-se penoso o trabalho exercido em condições que exijam do trabalhador esforço físico, mental ou emocional superior ao despendido normalmente, nas mesmas circunstâncias, ou que, pela postura ou atitude exigida para seu desempenho, sejam prejudiciais à saúde física, mental e emocional do trabalhador.⁹

Definição semelhante foi dada pelo Projeto de Lei nº 7663/2006, da autoria do Deputado Daniel Almeida:

Considera-se penoso o trabalho exercido em condições que exijam do trabalhador esforço físico, mental ou emocional superior ao despendido normalmente, nas mesmas circunstâncias, ou que, pela postura ou atitude exigida para seu desempenho, sejam prejudiciais à saúde física, mental e emocional do trabalhador, desde que não estejam previstas como insalubres ou perigosas.¹⁰

Depreende-se, da leitura dos projetos de lei apresentados ao Congresso, que o problema relativo à subjetividade do conceito de penosidade ainda não foi resolvido, devendo a regulamentação legal contornar a questão.

2.3.2 REGULAMENTAÇÃO

⁹ BRASIL. Projeto de Lei nº 4.243 de 2008. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=414728>> Acesso em 02/10/2011.

¹⁰ BRASIL. Projeto de Lei nº 7.663 de 2006. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=338616>> Acesso em 02/10/2011.

Conforme o que foi relatado anteriormente, diversos projetos de lei que procuram regulamentar o adicional de penosidade se encontram em trâmite no Congresso Nacional. Neste contexto, questiona-se como essa regulamentação poderia se dar, visto que o conceito de atividade penosa é de imensa subjetividade.

A legislação previdenciária, conhecida pela tendência vanguardista, já se ocupou do tema: a Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960 (Lei Orgânica da Previdência Social), dispunha sobre a aposentadoria especial para o trabalhador em atividade perigosa, insalubre ou penosa, a ver:

Art. 9º A aposentadoria especial será concedida ao segurado que, contando no mínimo 5 (cinco) anos de contribuição, tenha trabalhado durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos pelo menos, conforme a atividade profissional, em serviços que, para esse efeito, forem considerados penosos, insalubres ou perigosos, por decreto do Poder Executivo¹¹

Posteriormente, o Decreto nº 58.831, de 25 de março de 1964, complementou a matéria, considerando penosas as seguintes atividades:

I - Trabalhos permanentes no subsolo em operações de corte, furação, desmonte e carregamento nas frentes de trabalho. [...] II - Trabalhos permanentes em locais de subsolo afastados das frentes de trabalho, galerias, rampas, poços, depósitos etc [...]. Professores, [...] Motorneiros e condutores de bondes. Motoristas e cobradores de ônibus. Motoristas e ajudantes de caminhão.¹²

A conceituação de atividade penosa, portanto, não foi realizada pela lei. Foi, por outro lado, elaborado rol taxativo de atividades que seriam consideradas penosas. Segundo a maior

¹¹ BRASIL. Lei nº 3.087/60. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1960/3807.htm>> Acesso em 04/10/2011.

¹² BRASIL. Decreto nº 58.831/64. Disponível em: <www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/23/1964/53831.htm> Acesso em 04/10/2011.

parte da doutrina, seria esse o modo mais eficiente de se regulamentar o adicional de penosidade. OLIVEIRA (1998, p. 163) endossa esse entendimento:

Em razão dessa dificuldade conceitual, o legislador, no campo da Previdência Social, em vez de formular um conceito diretivo, preferiu relacionar as atividades penosas, o que, provavelmente, também ocorrerá na esfera do Direito do Trabalho. É muito mais fácil exemplificar do que definir. Tudo indica, porém, que pelo menos aquelas atividades relacionados para fins previdenciários como penosas, por coerência e lógica jurídica, também deverão constar da relação para fins de recebimento do adicional de penosidade.

Ressaltamos, no entanto, que a elaboração de rol taxativo, seja pelo Legislativo, seja pelo Executivo, também não seria a solução ideal para se resolver a questão.

Isso porque, no contexto da atividade laborativa, é realizada uma diversidade de ações quase infinita. Seria, assim, praticamente impossível uma simples lista comportar todas as atividades que importam pena ao trabalhador.

Além disso, a já mencionada característica de subjetividade do conceito poderia causar injustiças: deve-se ressaltar que o legislador da atualidade não tem conseguido acompanhar as modificações sociais e, por consequência, atender aos anseios da população. É a lição extraída de Ribeiro:

Afinal, o Poder Legislativo parece não responder satisfatoriamente às três funções precípuas que lhe são atribuídas no quadro de separação de poderes, a saber, as funções representativa, fiscalizadora e legislativa. A população não se vê representada pelo Parlamento e dele faz uma avaliação negativa [...]. O quadro do desempenho da função legislativa pelo Parlamento também não é outro: a hegemonia do Poder Executivo na aprovação das leis é evidente e decorre de fatores jurídicos e políticos. Sob o prisma político, o parlamentar vive o paradoxo entre atender à pressão de seus eleitores, que o avaliam segundo a capacidade de carrear recursos para a sua região, e desempenhar sua função institucional, que importa em promover certa independência do Poder Legislativo em relação ao Poder Executivo na definição da agenda legislati-

va. O foco em buscar o reconhecimento de seus eleitores coloca em segundo plano o desempenho institucional do Parlamento.¹³

Se, por um lado, o Poder Legislativo não teria capacidade suficiente para regulamentar o adicional de penosidade, cabe salientar que a regulamentação realizada unicamente pelo Poder Executivo careceria de legitimidade, pois não haveria debates ou consulta à sociedade civil, fatores extremamente importantes quando uma questão de grande relevo social é trazida à tona.

2.3.3 PREVISÃO EM INSTRUMENTOS NORMATIVOS

O ordenamento justralhista pátrio não se resume apenas na tutela das relações entre o empregado individualmente considerado. Ora, sabe-se que o Direito do Trabalho se desenvolveu especialmente em razão das reivindicações coletivas dos trabalhadores, organizados em associações e sindicatos. Alice Monteiro de BARROS (2005, p. 47) destaca, entre suas características, o fato de ser proveniente de reivindicação de classe. Por essa razão, o âmbito coletivo desse ramo jurídico foi disciplinado de forma concomitante ao âmbito individual.

Uma das principais características do Direito Coletivo do Trabalho foi alçada à condição de princípio: a sua construção por meio dos entes coletivos, consubstanciada no princípio da criatividade jurídica. Os instrumentos coletivos são, portanto, fonte de normas cogentes, que adentram o núcleo de direitos do trabalhador. Cabe ressaltar que a Constituição da República determina, no art. 7º, XXIV, o “reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho”¹⁴.

¹³ BRASIL. Câmara dos Deputados. *A Educação Legislativa É Uma Resposta À Crise do Parlamento?*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2011. p. 4. (E-Legis nº 06). Disponível em: http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/6224/ribeiro_educa%C3%A7%C3%A3o_legislativa.pdf?sequence=1 Acesso em 05/10/2011.

¹⁴ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:

São, portanto, os instrumentos coletivos e as decisões normativas da Justiça do Trabalho importantes armas contra possível situação de omissão do Poder Legislativo.

Tanto que, ausente a regulamentação legal, o adicional de penosidade tem sido previsto em instrumentos normativos, como parte da legislação autônoma trabalhista. É o caso da convenção coletiva relativa aos trabalhadores da construção civil de Tocantins, vigente entre 2007 e 2009, que trazia a seguinte redação:

CLÁUSULA QUARTA – ADICIONAIS

Os trabalhadores da categoria terão direito aos seguintes adicionais:

I. Adicional de Penosidade: para todos os trabalhadores, inclusive serventes, quando: trabalharem em balancinho, trabalharem na construção de torres, trabalharem na construção de elevadores de serviço, equivalente a 20% (vinte por cento) do respectivo salário.

II. Adicional Noturno: Para todo o trabalhador que executar serviço no horário compreendido entre 22:00 horas de um dia e 5:00 horas do dia seguinte, equivalente a 20% (vinte por cento) sobre a hora diurna.

III. Adicional de Periculosidade: Para os que trabalhem em ar comprimido, motorista de comboio e os que trabalhem com explosivos, equivalente à 30% (trinta por cento).

PARÁGRAFO ÚNICO: Na execução do adicional de insalubridade, periculosidade e/ou penosidade computar-se á um único adicional, devendo ser este o mais benéfico ao trabalhador.¹⁵

Também deve ser citada decisão proferida pelo TRT da 3ª Região que garante ao empregado o pagamento do adicional de penosidade, por constar este de convenção coletiva:

Através das razões esposadas às f. 288/292 de seu ape-

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>
Acesso em: 02/10/11.

¹⁵ SINDICATO DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO CIVIL DO ESTADO DE TOCANTINS. Convenção Coletiva de Trabalho 2007-2009. Disponível em: <http://www.sinduscon-to.com.br/administracao/files/File/SINTCIMTO_2007_2009.pdf> Acesso em 10/10/2011.

lo, a Reclamada pretende o afastamento da sua obrigação de pagar o adicional de penosidade, conforme determinada na origem.

[...]

Os *caputs* das cláusulas 6^{as} (f. 24 e 42) das Convenções Coletivas trazidas aos autos dispõem que:

‘Os empregados que trabalham no ‘balancim’, ou serviços externos realizados a uma altura acima de 3 metros, terão 30% (trinta por cento) a mais sobre o valor do salário nominal’ (grifei).

[...]

A testemunha Luís Sérgio dos Santos (f. 241), ouvida a rogo do Obreiro, nestes autos, deixou claro *‘que o reclamante trabalhava em altura de 4 a 5 metros, com frequência, em andaimes; que os andaimes eram móveis e externos’* (grifei).

[...]

Portanto, restando claro que, nos exatos termos das cláusulas 6^{as} (f. 24 e 42) das Convenções Coletivas trazidas aos autos, o trabalho externo realizado a uma altura acima de três metros já é, de *per se*, suficiente para ensejar o direito ao recebimento do adicional de penosidade, razão não há para excluí-lo da condenação, uma vez comprovado que o Reclamante trabalhava em altura de quatro a cinco metros, com frequência, em andaimes móveis e externos, ressaltando-se que os acordos e convenções coletivas de trabalho são reconhecidos pelo art. 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal.

Nego provimento.¹⁶

É perfeitamente legítima, portanto, a regulamentação do adicional de penosidade por instrumento normativo, em virtude da autorização do comando constitucional supracitado, especialmente se tratando de normas que aumentam a gama de direitos do trabalhador. Neste contexto, as fontes autônomas do Direito do Trabalho têm significado um ponto de partida para a

¹⁶ MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Recurso Ordinário nº 0000026-44.2010.5.03.0129. Relator: Márcio Ribeiro do Valle. 17 fev. 2011. Disponível em: <<http://as1.trt3.jus.br/consulta/redireciona.htm?pIdAcordao=798127&acesso=5ef0d085178bbba45e818c07908dd0e5>> Acesso em 06/10/2011.

edição de normas que suprem as atuais lacunas do ordenamento justralhista.

2.4 MANDADO DE INJUNÇÃO

2.4.1 CONCEITO

Instituído pelo art. 5º, LXXI da Constituição da República, o Mandado de Injunção é cabível “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 cidadania”¹⁷, sendo definido por José Afonso da SILVA (2008, p. 523) como:

Remédio ou ação constitucional posto à disposição de quem se considerar titular de qualquer daqueles direitos, liberdades ou prerrogativas inviáveis por falta de norma regulamentadora exigida ou suposta pela Constituição. Sua principal finalidade consiste assim em conferir imediata aplicabilidade à norma Constitucional portadora daqueles direitos e prerrogativas, inerte em virtude de ausência de regulamentação. Revela-se, neste quadrante, como um instrumento da realização prática da disposição do art. 5º, § 1º.¹⁸

Ora, o art 5º § 1º da CR/88 determina que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”¹⁹.

A competência para julgamento dessa ação será do Supremo Tribunal Federal, caso a omissão na edição de norma regulamentadora seja do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou

¹⁷ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em 02/10/11.

¹⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 523.

¹⁹ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em 02/10/11.

da mesa de uma dessas casas, do Tribunal de Contas da União, dos Tribunais Superiores ou do próprio STF.

Caso seja o mandado de injunção julgado procedente, caberá ao STF comunicar o órgão responsável sobre sua mora e a necessidade de cumprimento da obrigação. Tal procedimento foi sempre alvo de críticas, visto que carece da efetividade desejada pelo indivíduo que se vê lesado em direito fundamental: pelo fato de o Poder Judiciário não ter a competência para edição de norma regulamentadora, sob pena de ferir o equilíbrio entre os órgãos do Poder, fica a seu cargo a mera notificação do responsável pela legislação, sem qualquer previsão de sanção. A posição da Corte Constitucional corroborava tal problema, conforme se extrai do voto do Ministro Moreira Alves, prolatado no julgamento do Mandado de Injunção nº 107/DF:

Essa solução, acolhida pela Constituição atual, é, sem dúvida, a que se compatibiliza com o sistema constitucional vigente que deu particular relevo à separação dos poderes, que continuou a inserir entre os direitos fundamentais o de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, e que, atento ao princípio democrático, estabeleceu um processo legislativo em que o Poder Judiciário só tem iniciativa legislativa nos casos expressos na própria Constituição e com matérias a ele estritamente vinculadas, sendo que as decisões políticas de que afinal resultam os textos legais se subordinam a um sistema de freios e contra-freios de que participam exclusivamente os Poderes Legislativo e Executivo, eleitos diretamente pelo povo.²⁰

Tal questão foi, no entanto, objeto de apreciação em nova ocasião pelo STF. No julgamento do Mandado de Injunção nº 712/PA, ocorrido no ano de 2007, o Ministro Eros Grau proferiu voto no seguinte sentido:

Importa verificarmos é se o Supremo Tribunal Federal

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção. Processo nº 107/DF. Relator: Ministro Moreira Alves. 21 nov. 1990. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28107%2EENUME%2E+OU+107%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>> Acesso em 11/10/2011.

emite decisões ineficazes; decisões que se bastam em solicitar ao Poder Legislativo que cumpra seu dever, inutilmente [...]. O argumento de que a Corte estaria então a legislar – o que se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes e a separação dos poderes – é insubsistente. Pois é certo que este Tribunal exercerá, ao formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o art. 37, VII da Constituição, função normativa, porém não legislativa. [...] O Poder Judiciário, no mandado de injunção, produz norma. Interpreta o direito, na sua totalidade, para produzir a norma de decisão aplicável à omissão.²¹

Com a nova interpretação dada pela Corte Constitucional ao regramento do *writ* em tela, fica afastado, assim, o antigo esvaziamento da função precípua do Mandado de Injunção, que é assegurar, de forma imediata, o exercício de direito fundamental.

2.4.2 POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO

A nova interpretação dada ao STF à norma instituidora do Mandado de Injunção fez com que o remédio constitucional adquirisse importância significativamente maior, pois apresenta agora real efetividade.

A doutrina chegou a abordar tal fenômeno jurisprudencial como o “renascimento do mandado de injunção”:

O Mandado de Injunção, após anos de vilipêndio e flagrante ineficácia, teve finalmente reconhecida a sua importância pelo Supremo Tribunal Federal, órgão que, há quase 20 anos, aniquilara o instituto mediante uma interpretação que, pautada em uma pretensa defesa do princípio da separação dos poderes, acabou por suprimir-lhe a utilidade como uma garantia constitucional.

[...]

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção. Processo nº 712/PA. Relator: Ministro Eros Grau. 25 out. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28712%2EENUME%2E+OU+712%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>> Acesso em 11/10/2011.

Recentemente, o STF reviu a sua posição majoritária em relação ao Mandado de Injunção, o que, finalmente, acabou por efetivar/ressuscitar a utilidade dessa importante garantia constitucional, tendente a viabilizar o exercício de direitos e liberdades constitucionais, bem como de prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, tornado inviável pela ausência de norma regulamentadora.²²

A nova feição do *writ* reacende a dúvida sobre sua possível utilização para a busca da regulamentação do adicional de penosidade, e a resposta obtida é positiva. A doutrina e a jurisprudência têm se posicionado da seguinte forma:

Perante os juízes do trabalho, também em sintonia com a linha de pensamento aqui adotada, o mandado de injunção poderá ser manejado para reivindicar o exercício de direito constitucional social-trabalhista ainda não regulamentado e, por isso mesmo, impedido de ser usufruído, a exemplo do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, do adicional de remuneração para as atividades penosas e da proteção em face da automação, casos todos em que o impetrante pedirá ao juiz que, decidindo na ausência da regulamentação, preencha a lacuna do sistema jurídico, no caso concreto, e formule a norma provisória que permita o efetivo gozo do bem da vida garantido constitucionalmente.²³

Verifica-se, assim, a maior eficácia do mandado de injunção que busque a regulamentação do adicional de penosidade, visto que pode ser ajuizado por qualquer indivíduo que se considere lesado pela omissão legislativa.

3 CONCLUSÃO

A regulamentação legal de um instituto é atividade deli-

²² MINAS GERAIS. Assembléia Legislativa. *O Renascimento do Mandado de Injunção*. Belo Horizonte: Câmara dos Deputados, 2008. (Cadernos da Escola Legislativa, v. 10). Disponível em: <http://www.almg.gov.br/opencvms/export/sites/default/consulte/publicacoes_assembleia/periodicas/cadernos/arquivos/pdfs/15/Bernardo.pdf> Acesso em 11/10/2011.

²³ PIAUÍ. Procuradoria Regional do Trabalho da 22ª Região. *Mandado de Injunção na Justiça do Trabalho*. Teresina: Procuradoria Regional do Trabalho. Disponível em: <www.prt22.mpt.gov.br/artigos/trabevan32.pdf> Acesso em 11/10/2011.

cada, que deve ser realizada em um contexto de democracia e diálogo entre o povo e seus legítimos representantes.

O adicional de penosidade reclama tal regulamentação há muitos anos. No entanto, o Poder Legislativo esbarra na fluidez do conceito central do instituto: é necessário reconhecer que não se sabe e talvez nunca se saberá o que é uma atividade penosa de forma objetiva.

Neste íterim, a solução para a presente celeuma que mais se aproxima do ideal seria conceder, por meio de lei ou decreto, a objetividade que a regulamentação reclama: a elaboração de rol *numerus clausus* que determine quais atividades se enquadrariam no conceito em discussão e fariam jus, assim, ao pagamento de adicional.

No entanto, não se sabe se o Poder Legislativo ou o Executivo cumpririam tal missão de forma satisfatória. O primeiro, pelo fato de não atender aos anseios da sociedade em razão da lentidão e onerosidade que são conseqüências naturais do processo democrático. O segundo, por editar normas carecedoras da legitimidade que apenas o sistema representativo do Parlamento é capaz de conceder.

Além disso, verifica-se que a monetização do risco, isto é, o mero pagamento de quantias suplementares decorrentes do trabalho em condição gravosa para a saúde física e mental do trabalhador, não é a solução ideal para a melhoria das condições de prestação de serviços.

Chega-se, assim, à conclusão de que a regulamentação do adicional de penosidade é bem-vinda, devendo ser realizada por meio da elaboração de lista fechada. No entanto, deverá ser acompanhada da edição de normas que reforcem o caráter do Direito do Trabalho de protetor da saúde e da integridade física do obreiro. Isso atenuaria as injustiças que a dita regulamentação poderia causar ao beneficiar certas atividades em detrimento de outras e contribuiria para a satisfação de uma das funções precípuas do ordenamento justralhista.



REFERÊNCIAS

- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.
- BARROS, Alice Monteiro de (org.). *Curso de Direito do Trabalho - Estudos em Memória de Célio Goyatá*, v. I. 3 ed. São Paulo: LTr, 1997.
- BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *A Educação Legislativa É Uma Resposta À Crise do Parlamento?*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2011. (E-Legis nº 06). Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/6224/ribeiro_educa%C3%A7%C3%A3o_legislativa.pdf?squence=1> Acesso em 05/10/2011.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em 10/08/11.
- BRASIL. Decreto nº 58.831/64. Disponível em: <www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/23/1964/53831.htm> Acesso em 04/10/2011.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 5452/43. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm> Acesso em 15/09/2011.
- BRASIL. Lei nº 3.087/60. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1960/3807.htm>> Acesso em 04/10/2011.
- BRASIL. Projeto de Lei nº 559 de 2009. Disponível em:

- <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/67153.pdf>> Acesso em 04/10/2011.
- BRASIL. Projeto de Lei nº 774 de 2011. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=495466>>. Acesso em 02/10/2011
- BRASIL. Projeto de Lei nº 4.243 de 2008. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=414728>> Acesso em 02/10/2011.
- BRASIL. Projeto de Lei nº 7.663 de 2006. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=338616>> Acesso em 02/10/2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção. Processo nº 107/DF. Relator: Ministro Moreira Alves. 21 nov. 1990. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28107%2EENUME%2E+OU+107%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>> Acesso em 11/10/2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção. Processo nº 712/PA. Relator: Ministro Eros Grau. 25 out. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28712%2EENUME%2E+OU+712%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>> Acesso em 11/10/2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 6.266/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 15 jul. 2008. Disponível em: <http://www.guiatrabalhista.com.br/tematicas/sumula_tst_stf.htm> Acesso em 19/09/2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 4. Disponível em:

- <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJe_105_11_06_2008.pdf> Acesso em 18/09/2011.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista. Processo nº 1311/2007-103-04-00. Relatora: Ministra Maria Cristina Iirigoyen Peduzzi. 07 abr. 2009. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3680039/recurso-de-revista-rr-1311-1311-2007-103-04-006-tst/inteiro-teor>> Acesso em 30/09/2011.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 17. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/enunciado_tst/tst_0017.htm> Acesso em 18/09/2011.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 228. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/enunciado_tst/tst_0228.htm> Acesso em 18/09/2011.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 16 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 7 ed. São Paulo: LTr, 2008.
- DICIONÁRIO HOUAISS DE LÍNGUA PORTUGUESA. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbeta=penoso&stype=k>> Acesso em 01/08/2011.
- DIMATOS, Ana Maria Massad. *Prazer no Trabalho*. 1999. f. 16. Dissertação (Mestrado *Stricto Sensu*) – Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em: <http://www.sel.eesc.sc.usp.br/informatica/graduacao/material/etica/private/prazer_no_trabalho.pdf> Acesso em 20/09/2011.
- FILHO, Evaristo de Moraes. *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*. 1960 *apud* BARROS, Alice Monteiro de

- (org.). *Curso de Direito do Trabalho - Estudos em Memória de Célio Goyatá*, v. I. 3 Ed. São Paulo: LTr, 1997.
- GOMES, Orlando. *Direito do Trabalho*. 1941 apud ARIOSI, Mariângela. *Principais Discussões na Doutrina e na Jurisprudência Sobre os Tratados de Direitos Humanos de Conteúdo Trabalhista*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5947/principais-discussoes-na-doutrina-e-na-jurisprudencia-sobre-os-tratados-de-direitos-humanos-de-conteudo-trabalhista>> Acesso em 29/07/2011.
- HOBSBAWM, Eric J. *Mundos do Trabalho – Novos Estudos sobre História Operária*. 4 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.
- IGREJA CATÓLICA. Papa Leão XIII. *Rerum Novarum: Sobre a Condição dos Operários*. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html> Acesso em 10/08/2011.
- JÚNIOR, Cretella. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 1991 apud OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador*. São Paulo: LTr, 1998.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 6 ed. São Paulo: LTr, 2008.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Curso de Direito do Trabalho*. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- MINAS GERAIS. Assembléia Legislativa. *O Renascimento do Mandado de Injunção*. Belo Horizonte: Câmara dos Deputados, 2008. (Cadernos da Escola Legislativa, v. 10). Disponível em: <http://www.almg.gov.br/opencms/export/sites/default/consul-te/publicacoes_assembleia/periodicas/cadernos/arquivos/pdfs/15/Bernardo.pdf> Acesso em 11/10/2011.

- MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Recurso Ordinário nº 0000026-44.2010.5.03.0129. Relator: Márcio Ribeiro do Valle. 17 fev. 2011. Disponível em: <<http://as1.trt3.jus.br/consulta/redireciona.htm?pIdAcordao=798127&acesso=5ef0d085178bbba45e818c07908dd0e5>> Acesso em 06/10/2011.
- MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Recurso Ordinário nº 01331-2008-110-03-00-1. Relator: Juiz Convocado Rodrigo Ribeiro Bueno. 05 mar. 2009. Disponível em: <<http://www.nacionaldedireito.com.br/jurisprudencia/34959/adicional-de-insalubridade-base-de-c-lculo-s-mula-vinculante-no-4-do-stf-nova-reda-o-da-s-mul>> Acesso em 01/10/2011.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- OIT. Convenção nº 16. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/node/400>> Acesso em 01/09/2011.
- OIT. Convenção nº 42. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/node/451>> Acesso em 01/09/2011.
- OIT. Convenção nº 155. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/node/504>> Acesso em 01/09/2011.
- OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador*. São Paulo: LTr, 1998.
- PIAUI. Procuradoria Regional do Trabalho da 22ª Região. *Mandado de Injunção na Justiça do Trabalho*. Teresina: Procuradoria Regional do Trabalho. Disponível em: <www.prt22.mpt.gov.br/artigos/trabevan32.pdf> Acesso em 11/10/2011.
- RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Traba-*

lho. São Paulo: LTr, 1993.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SINDICATO DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO CIVIL DO ESTADO DE TOCANTINS. Convenção Coletiva de Trabalho 2007-2009. Disponível em: <http://www.sinduscon-to.com.br/administracao/files/File/SINTCIMTO_2007_2009.pdf> Acesso em 10/10/2011.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TST Reedita Súmula 228. JusBrasil Notícias, 07 jul. 2008. Disponível em: <<http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/49810/tst-reedita-sumula-228>> Acesso em 18/09/2011.