

INTERPRETAÇÕES ATUAIS SOBRE O ADICIONAL DE PENOSIDADE: O FENÔMENO DA “CONSTITUCIONALIZAÇÃO” E SEUS REFLEXOS NO DIREITO DO TRABALHO

Bárbara Natália Lages Lobo*

RESUMO

Considerando-se a Teoria Constitucional Contemporânea de aplicabilidade das normas constitucionais, este artigo analisa a efetivação da norma que dispõe sobre o recebimento do adicional de penosidade como direito fundamental dos trabalhadores. Inserida na teoria constitucional clássica de aplicabilidade das normas constitucionais dentre as normas programáticas, o direito social que ora se analisa não foi regulado pelo Legislativo, o que acarreta incontáveis prejuízos aos trabalhadores que exercem suas atividades sujeitos a intenso desgaste da saúde mental. Diante da omissão legislativa, apresenta-se de extrema relevância a atuação do Judiciário no sentido de efetivar o direito à saúde do trabalhador, tendo em vista o princípio da proteção, não se admitindo, no Pós-Positivismo, a negação à normatividade dos princípios jurídicos. Concluir-se-á que a solução de um caso que envolva a colisão de princípios é tarefa extremamente delicada, mas necessária à realização da justiça, em conformidade com o paradigma do Estado Democrático de Direito, pautado pela concretização dos direitos fundamentais, não se admitindo que a inércia do Legislativo se apresente como óbice à realização de tais direitos.

Palavras-chave: Penosidade. Normas constitucionais. Direitos fundamentais. Efetividade. Princípio da proteção.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo decorre da necessidade de se investigar a efetividade do direito ao recebimento de adicional pelo exercício de atividades penosas. Incluído no rol dos direitos fundamentais dos trabalhadores previstos no art. 7º da Constituição da República de 1988, o adicional de penosidade encontra-se disposto no inciso XXIII do mencionado artigo, figurando ao lado do direito ao pagamento de adicional de insalubridade e periculosidade. Entretanto, diferentemente das atividades perigosas e insalubres que se encontram reguladas pela CLT e outros atos normativos expedidos pelo Executivo, através do Ministério do Trabalho e

* Doutoranda e Mestre em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Autora do livro: *O direito à igualdade na constituição brasileira*: comentários ao Estatuto da Igualdade Racial e a constitucionalidade das ações afirmativas na educação. Professora assistente da PUC-Minas graduação e pós-graduação em Direito (Instituto de Educação Continuada - IEC). Professora visitante das Pós-Graduações no Centro Universitário UNA. Professora tutora do Centro de Formação e Aperfeiçoamento de Servidores do Poder Judiciário - CEAJUD do Conselho Nacional de Justiça. Pesquisadora dos Projetos de Pesquisa “Efetividade e crise dos direitos fundamentais”, coordenado pelo Professor José Adércio Leite Sampaio e “Investigação Científica Constituição e Processo”, coordenado pelo Professor Fernando Horta Tavares. E-mail: barbaralobo3@gmail.com.

Emprego, as atividades penosas não encontram amparo infraconstitucional, o que acarreta a inefetividade do direito e prejuízos irreparáveis aos trabalhadores que se expõem a esse agente danoso a sua saúde.

A responsabilidade civil do Estado por omissão legislativa já foi objeto de estudo desta autora¹, passa-se, portanto, à análise prática dessa omissão relativamente ao exercício de atividades penosas, sob a óptica do Direito Constitucional Contemporâneo e suas implicações na novel teoria de aplicabilidade das normas constitucionais.

Inicialmente, verificar-se-á a evolução das teorias de aplicabilidade das normas constitucionais, destacando-se na doutrina nacional aquelas elaboradas por José Afonso da Silva (2000) e Luís Roberto Barroso (2013), aquele como expoente do constitucionalismo brasileiro clássico e este como expoente do constitucionalismo brasileiro contemporâneo (ou neoconstitucionalismo, conforme será visto adiante).

Posteriormente, refletir-se-á sobre as implicações das teorias de aplicabilidade das normas constitucionais sobre a disciplina do adicional de penosidade, mediante análise da conceituação e previsão normativa, bem como as consequências jurisprudenciais da ausência de regulação da matéria pelo Legislativo.

Finalmente, concentra-se o presente artigo na investigação do adicional de penosidade sob a óptica da nova teoria de aplicabilidade das normas constitucionais, o instituto do ativismo judicial neste particular e soluções possíveis para a imprevisão infraconstitucional do referido direito.

Investigou-se amplamente a teoria constitucional acerca da aplicabilidade das normas constitucionais, tema por muitos já refletido, mas que não perde a atualidade, diante da existência de direitos fundamentais que não são efetivos por ausência de regulação específica.

No que tange ao estudo do instituto da penosidade, verificou-se a escassez de referências sobre o tema, não se sabe se por desinteresse ou pela completa ineficácia do dispositivo constitucional. O presente artigo se apresenta como uma tentativa de superação dessa lacuna doutrinária apresentando uma interessante reflexão sobre o tema.

2 TEORIAS DE APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

A aplicabilidade das normas constitucionais é o núcleo do estudo da Teoria da Constituição, pois, a efetividade da Constituição é o que alicerça a sua importância enquanto documento jurídico. A coesão entre os anseios filosóficos, políticos, econômicos, sociais e culturais da sociedade e a atuação estatal em garantir o caráter normativo impescinde da efetivação das normas constitucionais. Entretanto, a teoria constitucional clássica reconheceu a gradação destas quanto à aplicabilidade, o que acarretou a negativa do reconhecimento de eficácia a vários dispositivos constitucionais. Vejamos.

¹ No artigo "Reflexões acerca da responsabilidade civil do Estado por omissão legislativa", as autoras Bárbara Natália Lages Lobo, Christiane Vieira Soares Pedersoli e Isabela Monteiro Gomes (2008) concluíram pela possibilidade de responsabilização extracontratual do Estado diante da omissão legislativa, quando comprovado dano em razão de sua inércia.

2.1 Teoria Constitucional Clássica

A teoria clássica norte-americana bipartia os dispositivos constitucionais em *self executing* e *non self executing* (“autoaplicáveis ou autoexecutáveis” e “não autoaplicáveis ou não autoexecutáveis” (BONAVIDES, 2003, p. 241), conforme sua autoaplicação, sendo que as primeiras dispensavam atuação regulatória infraconstitucional, enquanto esta era indispensável para a efetividade dos últimos.

Paulo Bonavides (2003, p. 242) reconhece o teórico norte-americano do século XIX Thomas Cooley o principal expositor dessa teoria, que reconhecia limitação à aplicabilidade das normas constitucionais.

Segundo o autor:

Pode-se dizer que uma disposição constitucional é autoexecutável (*self executing*), quando nos fornece uma regra mediante a qual se possa fruir e resguardar o direito outorgado, ou executar o dever imposto, e que não é autoaplicável, quando meramente indica princípio, sem estabelecer normas, por cujo meio se logre dar a esses princípios vigor de lei (COOLEY *apud* BONAVIDES, 2003, p. 242).

Posteriormente, a teoria constitucional alemã do final da década de 1920, seguida pela doutrina constitucional italiana e brasileira, identificou três tipos de normas. Neste artigo, destacar-se-á a doutrina de José Afonso da Silva (2000), elaborada na década de 1960, que se apresenta como a expressão clássica da teoria constitucional nacional, difundida nos cursos e doutrinas jurídicas e que norteou e, ainda, direciona grande parte da hermenêutica constitucional pátria.

José Afonso da Silva (2000) consagrou suas conclusões acerca das características das normas constitucionais na obra “Aplicabilidade das Normas Constitucionais”, na qual reconheceu o caráter tríplice destas, classificando-as em: normas constitucionais de eficácia plena, normas constitucionais de eficácia contida e normas constitucionais de eficácia limitada, podendo ser estas últimas de princípio institutivo ou de princípio programático.

O autor (SILVA, 2000, p. 81) reconhece a eficácia de todas as normas constitucionais, contudo a plenitude dessa eficácia se apresenta variável relativamente à necessidade de sua complementação infraconstitucional para produção de efeitos.

Por considerar insuficiente a doutrina bipartite clássica, José Afonso da Silva (2000) acrescentou à tipologia normativa constitucional as normas de eficácia contida, cujos efeitos serão analisados a seguir.

Tal qual as normas *self executing*, as normas constitucionais de eficácia plena produzem direta, imediata e integralmente seus efeitos, prescindindo de normatização futura para tanto. É exemplo desse tipo normativo o artigo 2º da Constituição da República:

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário (BRASIL, 1988).

As normas de eficácia contida, apesar de possuírem aplicabilidade imediata e direta, carecem da integralidade das normas de eficácia plena, pois são restringíveis por normatização futura. O inciso XIII do artigo 5º da Constituição da República de 1988

(BRASIL, 1988) é exemplo desse tipo de norma: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.”²

As normas constitucionais de eficácia limitada são denominadas por José Afonso da Silva (2000, p. 118) como normas constitucionais de princípio, subdividindo-as em normas de princípio institutivo ou organizativo, cuja característica principal “[...] está no fato de indicarem uma legislação futura que lhes complete a eficácia e lhes dê efetiva aplicação.” (SILVA, 2000, p. 123). O autor reconhece aqui a discricionariedade do legislador para atuação para regulação daquelas normas de caráter facultativo, muito embora reconheça José Afonso da Silva (2000, p. 128) que algumas dessas normas não possuem tal caráter, sendo impositivas, não permitindo ao legislador a análise da conveniência e oportunidade em sua elaboração.

O próprio constitucionalista (SILVA, 2000, p. 129) reconhece a inefetividade quanto ao caráter coativo do dever de legislação, mesmo após a previsão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão pelo § 2º do artigo 103 da Constituição da República de 1988³, ante a irresponsabilidade do Legislativo, diante de sua inércia e a ausência de imposição de sanção, sob o respaldo do princípio da tripartição de poderes.

Conceber a irresponsabilidade do Legislativo ante a omissão inconstitucional do dever de legislar se apresenta extremamente danoso ao princípio de eficiência da Administração Pública, sendo contrário ao paradigma do Estado Democrático de Direito, pois impeditivo do exercício dos direitos fundamentais.

² A interpretação das normas de eficácia contida ensejam diversas discussões, sobretudo no que tange à medida de sua restrição pelas normas infraconstitucionais. Exemplo recente que envolve a restrição ao disposto no inciso XIII do art. 5º da CR/1988 é o debate acerca da constitucionalidade da exigência de aprovação no Exame da Ordem dos Advogados do Brasil para o exercício da advocacia, prevista na Lei n. 8.906/1994 (BRASIL, 1994). A discussão ocorreu em sede de Recurso Extraordinário (RE 603583) (BRASIL, 2011), com reconhecida repercussão geral, em que fora arguida a inconstitucionalidade da exigência de aprovação no exame, pois contrariaria a dignidade da pessoa humana e o direito ao livre exercício profissional. O Supremo Tribunal Federal entendeu ser a exigência de aprovação no exame da OAB constitucional, em consonância com o disposto no inciso XIII do art. 5º da CR/1988, pois expressa o requisito de qualificação profissional previsto no aludido dispositivo.

³ Importante discussão acerca da omissão do dever de legislar diz respeito à *inertia deliberandi*, que envolve a discussão e votação dos projetos de lei. Não há determinação legal de prazo para deliberação dos projetos de lei, sendo questionável o cabimento de ação direta de inconstitucionalidade por omissão nas hipóteses em que se constata a demora do Legislativo em apreciar os projetos de lei. É questão bastante controversa, pois deve-se considerar que determinados projetos possuem matéria complexa, sendo necessário estudo e análise acurados para que se delibere acerca de sua aprovação. Entretanto, devem-se analisar os casos concretos. Hely Lopes Meirelles, Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes obtemperam brilhantemente: “Essas peculiaridades da atividade parlamentar - que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo - não justificam, todavia, uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas; conduta, esta, que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. Não temos dúvida, portanto, em admitir que também a *inertia deliberandi* das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Assim, pode o STF reconhecer a mora do legislador em deliberar sobre a questão, declarando, assim, a inconstitucionalidade da omissão.” (MEIRELLES; WALD; MENDES, 2009, p. 448). Essa posição, porém, não é adotada pelo STF, que não reconhece a omissão legislativa, se iniciado o processo legislativo.

A segunda categoria das normas constitucionais de princípio são as de princípio programático, decorrentes das constituições dirigentes, utilizando-se aqui José Afonso da Silva da concepção de José Joaquim Gomes Canotilho (SILVA, 2000), tais como a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que guardam estreita relação com o paradigma do Estado Social, prevendo atuação estatal futura para a realização de seus fins sociais. Segundo essa teoria, inserem-se aqui os direitos sociais.

Nesse ponto, permite-se a inclusão do adicional de penosidade, em conformidade com a teoria clássica de aplicabilidade das normas constitucionais, como norma programática “vinculada ao princípio da legalidade” (SILVA, 2000, p. 147), pois dependente de lei que a regulamente.

Fundamentados nessa classificação, muitos magistrados e tribunais denegam aos trabalhadores o direito ao adicional de penosidade, conforme será visto em tópico próprio. Entretanto, se apresenta urgente a mudança dessa interpretação constitucional.

José Afonso da Silva afirma acerca dessas normas que:

Cumpra apenas observar, por fim, que, nesses casos, quando a lei é criada, a norma deixa de ser programática, porque a lei lhe deu concreção prática - desde que, realmente, a lei o tenha feito, pois pode acontecer que a lei é igualmente tão abstrata que, no fundo, não muda nada. Mas não é a lei que cria as situações jurídicas subjetivas, pois estas encontram seu fundamento na própria norma constitucional que as estabelece (SILVA, 2000, p. 148).

O próprio autor atribui a tarefa de efetivação das normas contidas no artigo 7º ao juiz, tendo em vista a previsão de melhoria da condição social do trabalhador:

Por exemplo, a Constituição Federal, no art. 7º, assegura aos trabalhadores os direitos ali enumerados, “além de outros que visem à melhoria de sua condição social”. Esta última parte do dispositivo, como já salientamos, é de natureza programática, e, agora, podemos acrescentar que é daquelas que se limitam a indicar certo fim a atingir: a melhoria da condição social do trabalhador. A respeito desses outros direitos que podem ser outorgados aos trabalhadores o legislador ordinário tem ampla discricionariedade, mas, assim mesmo, está condicionado ao fim ali proposto - melhoria da condição social do trabalhador. Qualquer providência do Poder Público, específica ou geral, que contravenha a esse fim é inválida e pode ser declarada sua inconstitucionalidade pelo juiz, sendo de notar que este também goza de discricionariedade no determinar o conteúdo finalístico daquela regra programática, já que a Constituição não deu o sentido do que se deva entender por melhoria da condição social do trabalhador. O juiz a isso poderá chegar mediante interpretação da pauta de valor que lhe oferecem a ordem jurídica e, especialmente, os demais princípios programáticos e fundamentais inscritos na vigente Carta Magna (SILVA, 2000, p. 159-160).

José Afonso da Silva (2000) enumera como instrumentos de eficácia constitucional dos direitos sociais as seguintes garantias: a) a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais prevista no § 1º do art. 5º da CR/1988 (“As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”) (BRASIL, 1988); b) o mandado de injunção, conforme inciso LXXI do art. 5º da CR/1988 (“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 cidadania”) (BRASIL, 1988); c) a ação direta de inconstitucionalidade por omissão prevista no § 2º do art. 103 da CR/1988 (“Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.”) (BRASIL, 1988); e d) a iniciativa popular, em conformidade com o disposto no § 2º do art. 61 da CR/1988 (“A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.”) (BRASIL, 1988).

A nova teoria constitucional apresenta outra forma de tornar efetivos os direitos sociais. Passa-se ao seu estudo.

2.2 Constitucionalismo contemporâneo

A conformação com a “impotência” diante da inércia legislativa na regulamentação dos direitos fundamentais inseridos no rol dos direitos sociais é o que diferencia a concepção clássica de aplicação das normas constitucionais da concepção contemporânea. A essa nova forma de se interpretar a efetividade do Direito Constitucional os doutrinadores estão chamando “neoconstitucionalismo”.

“Neoconstitucionalismo” é o Direito Constitucional inserido no paradigma do Estado Democrático de Direito, alicerçado no reconhecimento e na defesa da dignidade da pessoa humana, visando à concretização dos direitos fundamentais. Não se vislumbra a necessidade do neologismo, pois a doutrina Pós-Positivista proporcionou essa mudança filosófica e hermenêutica do Direito Constitucional, mediante a concepção deontológica dos princípios com o reconhecimento da normatividade e constitucionalização destes.

A alteração proposta pelo neoconstitucionalismo não é a da teoria constitucional em si, mas, sim, da Hermenêutica Constitucional, o que é proporcionado pela mutação constitucional fundamentada na força normativa da Constituição (HESSE, 1991), a partir da atividade dos seus intérpretes⁴, ganhando relevância, neste particular, a atuação do Judiciário. Nesse prisma, importa analisar de que forma ocorre essa atuação, denominada ativismo judicial.

O “ativismo judicial” possui duas facetas decorrentes da necessidade de observância dos seus limites, uma negativa e outra positiva: a faceta negativa se mostra como um retorno ao Positivismo, mediante a solução de casos concretos de forma arbitrária, ante a ausência de leis que regulamentem a situação concreta, ignorando-se os direitos fundamentais.⁵

⁴ Importante destacar a importância da teoria de Peter Häberle (1997) que reconhece a sociedade aberta de intérpretes da Constituição, não considerando os magistrados como únicos legitimados às tarefas correlatas à Hermenêutica Constitucional.

⁵ Sobre os limites da mutação constitucional disserta Marcelo Casseb Continentino: “O objetivo geral é evitar aquela situação, retratada por Hsü Dau-Lin, em que os juizes norte-americanos, durante a guerra civil, foram tão longe na interpretação da cláusula sobre o direito de guerra e conseqüente restrição de direitos fundamentais, que praticamente suspenderam

Entretanto, o ativismo judicial possui sua faceta positiva, mediante a concretização de direitos fundamentais, através da solução dos chamados *hard cases* (DWORKIN, 2002), quais sejam, aqueles casos em que há colisão de princípios e a situação concreta é desprovida de texto legal específico. Nessas situações, compete ao Judiciário, mediante a aplicação dos princípios, a solução da situação concreta.

A relevância do Direito Constitucional contemporâneo (como visto, denominado Neoconstitucionalismo) para a solução desses casos é inegável. Nesse ponto reside a necessidade de um novo pensar acerca da teoria de aplicabilidade das normas constitucionais.

Salienta-se o caráter precursor da teoria elaborada por Luís Roberto Barroso por adotar, na década de 1980, uma postura radical quanto à efetividade das normas constitucionais, assim a conceituando:

A ideia de efetividade expressa o cumprimento da norma, o fato real de ela ser aplicada e observada, de uma conduta humana se verificar na conformidade de seu conteúdo. Efetividade, em suma, significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social (BARROSO, 2011, p. 243).

Luís Roberto Barroso enumera como pressupostos para a efetividade da Constituição os seguintes: senso de realidade, boa técnica legislativa, vontade política e o exercício da cidadania (BARROSO, 2011, p. 244). Estes dois últimos pressupostos possuem extrema importância para a doutrina publicista que analisa a eficiência da atuação do Poder Público, bem como o direito à participação.

Conjuntamente, tais pressupostos implicam a seguinte conclusão: à sociedade compete exigir e fiscalizar a atuação estatal; ao Estado é imperativa a resposta aos anseios sociais. A prática reiterada da consciência política atenuará a linha divisória existente entre o Estado e a sociedade, mediante o reconhecimento pelos cidadãos da sua importância diretiva do Poder Público. Somente com essa mudança de mentalidade, ou seja, através de uma profunda alteração cultural política brasileira é que se conseguirá o desempenho ótimo da Administração Pública e a possibilidade de se extinguir institutos administrativos negativos, tais como improbidade administrativa, corrupção, patrimonialismo e nepotismo.

A consciência de que inexistente separação entre Estado e sociedade e que o Estado “somos nós” é a única solução possível para a modificação da política brasileira, o que somente ocorrerá quando se abandonar a letargia democrática e a falsa ideia de que a única arma de cidadania possível é o voto.

Atualmente, participação e eficiência figuram de forma tímida no imaginário popular, mas se apresentam muito difundidas no Judiciário sob a forma de ações judiciais que visam à concretude dos preceitos constitucionais. Destaca-se aqui a judicialização da saúde, as ações que visaram à discussão das ações afirmativas no

a eficácia da Constituição, conduzindo-se numa prática de difícil justificação sobre os próprios limites da ação. Não por outro motivo, vem de longa data a preocupação sobre como a interpretação conforme a Constituição pode representar um sutil instrumento às mãos do Poder Judiciário para implementar mudanças legislativas e, pior, desvirtuar a própria vontade do povo e dos seus representantes.” (CONTINENTINO, 2009, p. LIII).

âmbito da Educação⁶; o debate acerca do direito à moradia; a constitucionalização do Direito Civil mediante o reconhecimento de novas formas de composição familiar⁷, dentre outras.

Sob essa óptica, pretende-se estudar o direito constitucional ao recebimento de adicional pelo exercício de atividades penosas.

3 ADICIONAL DE PENOSIDADE

A produção doutrinária acerca do adicional de penosidade é escassa. Os doutrinadores trabalhistas o citam, limitando-se a reconhecer a ausência de sua regulação.⁸ A doutrina constitucional raramente o menciona, limitando-se a tratar de forma genérica a efetivação dos direitos sociais.

Diante dessa carência doutrinária e considerando a importância da discussão, este artigo abordará, de forma pormenorizada, os seguintes aspectos do adicional de penosidade: conceito, previsão normativa e análise jurisprudencial.

3.1 Conceito e previsão normativa

A Constituição da República de 1988 dispõe no artigo 7º, XXIII:

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. (BRASIL, 1988).

A conceituação das atividades penosas é tarefa difícil, pois deve considerar o contexto em que o trabalho está envolvido. Alguns doutrinadores elaboram definições. Alexandre Belmonte afirma que:

Em relação às atividades penosas, a norma revela-se de eficácia limitada, porquanto dependente de regulamentação legal específica, ainda inexistente. Há, por conseguinte, dissenso doutrinário acerca das atividades que se incluiriam na tipificação penosa, mas há consenso de que as atividades que demandam esforço físico, postura incômoda, alternância de horários, confinamento e isolamento, captura e sacrifício de animais são de natureza penosa, nada impedindo assim a respectiva inserção em acordos ou convenções coletivas para fins de tratamento diferenciado (BELMONTE, 2009, p. 422).

Sérgio Pinto Martins (2012, p. 682) conceitua as atividades penosas como aquelas que acarretam “[...] um desgaste maior do que o normal [...]” à integridade física dos trabalhadores.

⁶ Estas ações (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.330, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186 e o Recurso Extraordinário n. 597.285) foram objeto de acurado estudo por esta autora na obra *O direito à igualdade na constituição brasileira: comentários ao Estatuto da Igualdade Racial e a constitucionalidade das ações afirmativas na educação* (LOBO, 2013).

⁷ Destaca-se o Recurso Extraordinário n. 477.554, em que o STF reconheceu às uniões homoafetivas o caráter de instituição familiar.

⁸ A título de exemplo: Sérgio Pinto Martins (2012).

As atividades insalubres e perigosas estão previstas na Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943), que, no artigo 192, atribui ao Ministério do Trabalho e Emprego a competência para adoção das normas reguladoras do exercício dessas atividades.

As atividades insalubres são remuneradas com adicionais de 10, 20 ou 40% do salário mínimo da região⁹, de acordo com o grau de exposição do agente, mínimo, médio ou máximo, respectivamente. Os agentes de insalubridade estão previstos na Portaria n. 3.214/78 (BRASIL, 1978), na Norma Regulamentadora (NR) 15, expedida pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

São atividades insalubres as atividades que exponham os trabalhadores ao desgaste da sua saúde, notadamente, pela exposição aos seguintes agentes, conforme padrões de tempo e outros fatores de medida, por exemplo, nível de ruído, temperatura, pressão, profundidade: ruído contínuo ou intermitente, calor, radiações ionizantes, trabalhos em condições hiperbáricas (ou seja, nos quais há alteração da pressão atmosférica), radiações não ionizantes, vibrações, frio, umidade, agentes químicos, poeiras, agentes biológicos.

As atividades perigosas são aquelas que expõem os trabalhadores, ainda que de forma intermitente, ao risco de morrer. Tais atividades são remuneradas com adicional de 30% sobre o salário, conforme artigo 193 da CLT (BRASIL, 1943). Inicialmente, a CLT somente previa como atividades e operações perigosas aquelas que envolviam explosivos e inflamáveis. A Lei n. 7.369/85 (BRASIL, 1985) também reconheceu o direito ao adicional de periculosidade pelo exercício de atividade no setor de energia elétrica.

Recentemente, a Lei n. 12.740/2012 (BRASIL, 2012) acrescentou ao artigo 193 da CLT como atividades perigosas aquelas que envolvam roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial.

Dessa forma, tem-se que as atividades insalubres e perigosas são aquelas que envolvem gradual ou abruptamente riscos à saúde física dos trabalhadores.

Entretanto, diante da evolução da Psicologia e Psiquiatria, tem-se que o trabalho é uma das principais fontes de desenvolvimento de enfermidades mentais,

⁹ Questão extremamente controvertida da atualidade diz respeito à base de cálculo do adicional de insalubridade, em face da vedação constitucional de vinculação do salário mínimo para qualquer fim, prevista no inciso IV do art. 7º da CR/1988. Diante da existência de várias decisões judiciais dissidentes quanto à base de cálculo do adicional de insalubridade, ora aplicando o salário mínimo, ora aplicando o salário básico, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante n. 4 no seguinte sentido: “Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial.” (BRASIL, 2008). Em virtude da edição dessa súmula vinculante, o Tribunal Superior do Trabalho retificou a Súmula 228, estabelecendo: “ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno em 26/6/2008) - Res. 148/2008, DJ 4 e 7/7/2008 - Republicada DJ 8, 9 e 10/7/2008. SÚMULA CUJA EFICÁCIA ESTÁ SUSPensa POR DECISÃO LIMINAR DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27/9/2012. A partir de 9 de maio de 2008, data da publicação da Súmula Vinculante n. 4 do Supremo Tribunal Federal, o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo.” (BRASIL, 2012). Sendo assim, até que seja devidamente regulada por ato normativo, a base de cálculo do adicional de insalubridade é o salário básico do trabalhador, exceto se existente norma coletiva mais benéfica.

sendo premente a preocupação com a saúde psicológica dos trabalhadores.

Há atividades que expõem os trabalhadores a consideráveis agentes de estresse, por exemplo, o trânsito, a altura, o contato com cadáveres, mau cheiro, pressão para o desempenho de tarefas, isolamento, digitação constante, dentre outros.¹⁰ O desempenho contínuo dessas atividades acarreta o adoecimento profissional.

O Ministério da Saúde do Brasil e a Organização Panamericana de Saúde no Brasil elaboraram o Manual de Procedimentos para os Serviços de Saúde no qual listou as doenças mentais relacionadas ao trabalho que acarretam a concessão de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez por transtornos mentais crônicos.

As alterações fisiológicas se apresentam sob a forma de tensão, estafa, distúrbios do sono, podendo evoluir para psicopatologias mais graves, tais como depressão, síndrome do pânico, *burnout* (síndrome do esgotamento profissional) e síndromes pós-traumáticas¹¹ (BRASIL, 2001).

¹⁰ O TRT da 15ª Região possui inúmeras decisões em que considera o caráter penoso do serviço de corte de cana proferidas pelo Juiz Relator Fabio Allegretti Cooper. As decisões demonstram a sensibilidade dos magistrados com a situação vivenciada pelos trabalhadores rurícolas. *In verbis*, a decisão proferida no RO n. 0000828-36.2010.5.15.0120: RURÍCOLA - CORTE DE CANA - SERVIÇO ESTAFANTE E PENOSO - AMPLIAÇÃO DE JORNADA - PAGAMENTO DO VALOR HORA E ADICIONAL - PERTINÊNCIA. É fato incontroverso que o reclamante trabalhava no corte de cana-de-açúcar, serviço penoso que exige grande esforço físico, destreza no manejo do facão, movimentação corporal intensa para abraçar o feixe de cana, inclinação para golpes certos com emprego de força suficiente para cortá-la rente ao chão. Em seguida abraça o fecho de cana para lançá-la no meio do eito, exigindo grande mobilidade durante toda a jornada, porque o eito normalmente é de cinco ruas, além de trabalhar sob sol intenso, como em dias de chuva que, na cana queimada, deixa-o impregnado de carvão. O preço do serviço é por metro ou tonelada, cuja remuneração é baixa, exigindo grande produção diária, inclusive com ampliação de jornada, para que no final da semana, quinzena ou mês se obtenha uma remuneração um pouco melhor. Todo este esforço é responsável por fadiga e estafa física, tendo levado considerável número de trabalhadores à morte por exaustão. É natural que, ao final da jornada normal, o trabalhador, já extenuado fisicamente, produza menos. No período de tempo de ampliação da jornada, a produção será menor ainda, se comparada ao período em que estava fisicamente mais disposto. Neste contexto, remunerar o excesso à jornada normal apenas com o adicional não é justo nem razoável. Daí por que, tem-se que é devido que se pague a hora e o adicional. Recurso Ordinário do reclamante a que se dá provimento (BRASIL, 2013, grifo nosso).

¹¹ Acerca dessas doenças há vasto estudo visando à sua caracterização para viabilizar a realização de diagnósticos: "Contextos de trabalho particulares têm sido associados a quadros psicopatológicos específicos, aos quais são atribuídas terminologias específicas. Seligmann-Silva propõe uma caracterização para alguns casos clínicos já observados. Um exemplo é o *burnout*, síndrome caracterizada por exaustão emocional, despersonalização e autodepreciação. Inicialmente relacionada a profissões ligadas à prestação de cuidados e assistência a pessoas, especialmente em situações economicamente críticas e de carência, a denominação vem sendo estendida a outras profissões que envolvem alto investimento afetivo e pessoal, em que o trabalho tem como objeto problemas humanos de alta complexidade e determinação fora do alcance do trabalhador, como dor, sofrimento, injustiça, miséria (SELIGMANN-SILVA, 1995). Outro exemplo são as síndromes pós-traumáticas que se referem a vivências de situações traumáticas no ambiente de trabalho, nos últimos tempos cada vez mais frequentes, como, por exemplo, o grande número de assaltos a agências bancárias com reféns." (BRASIL, 2001, p. 162).

Assim, tem-se que a penosidade envolve o desenvolvimento de atividades que colocam em risco a saúde mental dos trabalhadores, o que acarreta também o adoecimento físico, em virtude da psicossomatização. Por exemplo, o alcoolismo, segundo estudo do Ministério da Saúde (BRASIL, 2001, p. 175), tem sido observado prevalentemente em algumas profissões que envolvem o desprestígio ou rejeição social (tais como lixeiros e coveiros), grandes níveis de tensão frente à violência, monotonia e/ou afastamento do lar.

Episódios depressivos, por seu turno, são recorrentes nos trabalhadores que desempenham as seguintes atividades: “digitadores, operadores de computadores, datilógrafas” (BRASIL, 2001, p. 178), dentre outras.

Estados de estresse são presentes em atividades desenvolvidas por trabalhadores que têm sob sua responsabilidade vidas humanas, por exemplo, responsáveis por transporte aéreo, bombeiros, médicos, enfermeiros, etc. O ritmo de trabalho acelerado, alterações constantes da jornada de trabalho, bem como sua extrapolação e desrespeito aos intervalos para refeição e descanso acarretam a neurastenia¹² (BRASIL, 2001, p. 184).

Assim como as atividades insalubres, será necessária avaliação técnica específica para que se verifiquem diversos graus de penosidade, de acordo com a ocupação do trabalhador e a exposição ao agente penoso.

Considerando-se a existência de estudos classificatórios de doenças ocupacionais que afetam a saúde psicológica dos trabalhadores e o inegável desgaste mental que elas acarretam, é possível que o Legislativo regule as atividades penosas, se apresentando como desarrazoada a sua inércia. Diante desse quadro visa-se a verificar a aplicação prática do adicional de penosidade, apesar da omissão legislativa.

3.2 Omissão infraconstitucional e regulação do adicional de penosidade

Há um número considerável de trabalhadores brasileiros que se veem tolhidos do recebimento do adicional de penosidade, diante da ausência de sua regulação. Entretanto, algumas categorias de trabalhadores encontram respaldo para a concessão do adicional de penosidade nos Acordos Coletivos de Trabalho e Convenções Coletivas de Trabalho.

Por exemplo, no Dissídio Coletivo de Greve n. 5761-36.2013.5.00.0000 (BRASIL, 2013) ajuizado pelas Centrais Elétricas Brasileiras S/A - ELETROBRÁS - e outras em desfavor da Federação Nacional dos Urbanitários da CUT - FNU-CUT - e outras federações e sindicatos foi celebrado acordo, válido de maio de 2013 a abril de 2015,

¹² O Ministério da Saúde (2001, p. 184) assim define a neurastenia: “A característica mais marcante da síndrome de fadiga relacionada ao trabalho é a presença de fadiga constante, acumulada ao longo de meses ou anos em situações de trabalho em que não há oportunidade de se obter descanso necessário e suficiente. A fadiga é referida pelo paciente como sendo constante, como acordar cansado, simultaneamente física e mentalmente, caracterizando uma fadiga geral. Outras manifestações importantes são: má qualidade do sono, dificuldade de aprofundar o sono, despertares frequentes durante a noite, especificamente insônia inicial, dificuldade para adormecer ou ‘a cabeça não consegue desligar’, irritabilidade ou falta de paciência e desânimo. Outros sintomas que podem fazer parte da síndrome são: dores de cabeça, dores musculares (geralmente nos músculos mais utilizados no trabalho), perda do apetite e mal-estar geral. Trata-se, em geral, de um quadro crônico.”

para estipular as condições de trabalho das diversas categorias dos profissionais que atuam no setor de produção e distribuição de energia elétrica. Na cláusula vigésima oitava do mencionado acordo consta a previsão da concessão do adicional de penosidade para todos os empregados que trabalhem em regime de turnos de revezamento, *in verbis*:

CLÁUSULA VIGÉSIMA OITAVA - ADICIONAL DE PENOSIDADE

As empresas signatárias deste Acordo concordam com a concessão do Adicional de Penosidade (turnos de revezamento) para todos os empregados que efetivamente estejam em regime ininterrupto de turnos de revezamento, pelo percentual de 7,5% (sete e meio por cento) calculado sobre o salário-base, acrescido do Adicional por Tempo de Serviço (ATS) (BRASIL, 2013).

Alguns projetos de lei foram apresentados, sendo relevante o de número 7.083/2002, apresentado pelo Deputado Paulo Paim, que visa a disciplinar a jornada de trabalho e conceder adicional de penosidade aos motoristas e cobradores de transportes coletivos urbanos. Nesse projeto há a conceituação das atividades penosas, bem como a fixação de adicional correspondente a, no mínimo, 30% do salário efetivamente percebido. Aduz o artigo 3º do projeto:

Art. 3º O exercício das atividades objeto desta lei assegura a percepção de adicional de penosidade correspondente a, no mínimo, 30% (trinta por cento) do salário efetivamente percebido.

Parágrafo único. Atividades penosas são aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, expõem os empregados a condições de estresse e sofrimento físico e mental (BRASIL, 2002a).

Foi apresentado também o Projeto de Lei n. 7.097/2002, que visa à instituição do Código Brasileiro de Segurança e Saúde no Trabalho, que contém em seu artigo 29 a seguinte previsão:

Artigo 29 - Serão consideradas atividades penosas as operações que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho produzam situações anti-ergonômicas acentuadas aos trabalhadores, a serem definidas pelo CONSEST (BRASIL, 2002b).

Dentre os projetos de lei que visam a disciplinar o adicional de penosidade, merece destaque também o de n. 4.243/2008, apresentado pelo Deputado Maurício Rands, que propõe a alteração da CLT, com a inserção do artigo 196-A, conceituando as atividades penosas e conferindo ao Ministério do Trabalho e Emprego a competência para aprovar o quadro dessas atividades.

O adicional previsto no mencionado projeto de lei é de 25% sobre a remuneração do empregado. *In verbis*:

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

§ 1º - O trabalho em atividades penosas ensejará a percepção do adicional de 25% (vinte e cinco por cento) sobre a remuneração do empregado, observado o disposto nos artigos 457 e 458 do Estatuto Consolidado, independentemente de receber ou fazer jus a outros adicionais (BRASIL, 2008, grifo nosso).

No que tange à novel previsão normativa do mencionado projeto de lei de utilização como base de cálculo do adicional de penosidade a remuneração do empregado, verifica-se a consonância com a norma constitucional contida no art. 7º, XXIII. Muito embora existam alguns autores que entendem como correta a incidência do adicional sobre o salário base, e não sobre a remuneração, ao argumento de que se afiguraria como excessiva e desproporcional, em desconformidade com a legislação e *práxis* trabalhista, configurando *bis in idem*.¹³

Contudo, a tentativa de se estabelecer outras bases de cálculo para os adicionais de periculosidade, insalubridade e penosidade distanciam-se da norma contida na Constituição da República de 1988. Nesse sentido, destacam-se os ensinamentos de Maria Cecília Máximo Teodoro e Gustavo Magalhães de Paula Gonçalves Domingues:

A partir da dicção do preceito constitucional resta clarividente que as parcelas trabalhistas em estudo consistem em adicional de remuneração. A simples leitura do texto constitucional não deixa dúvidas de que as mencionadas alíquotas devem incidir sobre a totalidade das parcelas econômicas recebidas mensalmente pelo empregado, ou seja, a remuneração. Esta entendida como o pagamento realizado diretamente por parte do empregador - salário em sentido estrito -, assim como parcelas recebidas por terceiros em virtude da execução de seus serviços. [...]. Ou seja, a redação constitucional é incompatível com quaisquer restrições infraconstitucionais à base de cálculo de tais adicionais de remuneração, cujas alíquotas deverão incidir sobre todas as parcelas remuneratórias auferidas mensalmente pelo empregado (TEODORO; DOMINGUES, 2011).

Quanto aos servidores públicos civis da União, há na Lei n. 8.112/1990 (BRASIL, 1990) a previsão do adicional de penosidade, também pendente de regulação futura, conforme disposto no 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.

Entretanto, a regulamentação também não ocorreu de maneira geral¹⁴, não há previsão, por exemplo, da aplicação aos servidores do Poder Judiciário, pois somente o Ministério Público da União, por meio da expedição pela Procuradoria-Geral da República das Portarias n. 633 e 654, regulamentou a concessão do adicional de penosidade, no âmbito do serviço público federal.^{15 16}

¹³ "A integração de qualquer adicional ou gratificação no salário básico ou normal acarretaria, absurdamente, um *bis in idem*, já que a prestação suplementar passaria a incidir sobre a soma daquele salário com o adicional ou gratificação a ele incorporado. Por isso mesmo a jurisprudência trabalhista se tornou tranquila a respeito." (SÜSSEKIND, 2003, p. 352).

¹⁴ A ausência de regulação do artigo 71 da Lei n. 8.112/1990 ensejou a propositura do Mandado de Injunção 5.974-DF, decidido em dezembro de 2013 (BRASIL, 2013). A impetrante é servidora pública federal, ocupante do cargo de professora na UNIPAMPA, lotada na cidade de Jaguarão, fronteira com o Uruguai. Por não receber o adicional de penosidade, a autora impetrou mandado de injunção alegando omissão legislativa. Contudo, o STF não conheceu da ação, ao fundamento de que não há previsão constitucional do pagamento do adicional de penosidade aos servidores públicos, pois, no § 3º do art. 39 da CF/1988, não há a inclusão do inciso XXIII do artigo 7º.

Outros projetos de lei versam sobre a matéria¹⁷, porém, todos estão pendentes de votação, configurando-se a *inertia deliberandi*, acima estudada. Entende-se ser essa omissão inconstitucional dada a natureza fundamental do direito à saúde dos trabalhadores, entretanto, este não é o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

3.3 Consequências da omissão legislativa quanto ao adicional de penosidade na jurisprudência

A omissão legislativa quanto ao adicional de penosidade acarreta, no plano fático, a ocorrência de casos difíceis em que se constata a colisão entre o princípio da legalidade e o princípio da proteção ao trabalhador, competindo ao Judiciário analisar qual o princípio aplicável à situação concreta.

Entretanto, a maioria das decisões judiciais que envolvem a análise do direito ao recebimento do adicional de penosidade se mostra ainda presa à teoria clássica de aplicabilidade das normas constitucionais. Vejamos.

A 3ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, no Agravo de Instrumento de Recurso de Revista (AIRR) de n. 799-04.2010.5.01.0531, negou provimento ao pedido de condenação da ré ao pagamento do adicional de penosidade, ante a ausência de amparo legal e convencional:

ADICIONAL DE PENOSIDADE. O art. 7º, XXIII, da Constituição Federal, no que tange ao adicional de penosidade, ostenta eficácia limitada, não oferecendo garantia ao seu recebimento enquanto não editada a legislação infraconstitucional (BRASIL, 2013).

Muito embora a maioria das decisões judiciais ainda se incline à teoria constitucional ultrapassada de aplicabilidade das normas constitucionais e denegue a concessão do adicional de penosidade, de forma precursora, magistrados vêm aplicando a teoria constitucional contemporânea em seus julgados e julgando a procedência do pedido de pagamento do adicional. Passa-se à análise.

¹⁵ O Ministério Público da União, por meio do § 2º do artigo 1º da Portaria PGR/MPU n. 633, de 10 de dezembro de 2010, com a redação dada pela Portaria PGR/MPU n. 654, de 30 de outubro de 2012, regulamenta as zonas de fronteira e áreas cujo desempenho do trabalho ensejam o pagamento do adicional de penosidade: “§ 2º - Consideram-se localidades cujas condições de vida justifiquem a percepção do Adicional de Atividade Penosa aquelas situadas na faixa de até cento e cinquenta quilômetros de largura, ao longo das fronteiras terrestres, bem como aquelas localizadas na Amazônia Legal e no Semiárido Nordeste que tenham população inferior a trezentos mil habitantes, conforme dados do IBGE, e, ainda, as unidades situadas nos Estados do Acre, do Amapá, de Roraima e de Rondônia.” (BRASIL, 2012).

¹⁶ Na ação coletiva n. 0053764-61.2013.4.01.3400, ajuizada na Seção Judiciária do Distrito Federal, os servidores da Subseção Judiciária de Jequié, por meio do Sindjufe-BA, conseguiram, em sede de tutela antecipada, a determinação de aplicação analógica ao Poder Judiciário das Portarias n. 633 e 654 do MPU, com percentual do adicional de penosidade fixado em 20% sobre o vencimento básico.

¹⁷ São eles: Projeto de Lei n. 1.015/1988 e Projeto de Lei n. 774/2011.

4 O ADICIONAL DE PENOSIDADE SOB A ÓPTICA DA NOVA TEORIA DE APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

A ausência de produção legislativa para regulação do adicional de penosidade, como visto, é inconstitucional e extremamente danosa aos trabalhadores. Diante desse fato, é necessário que o Judiciário aplique a teoria constitucional contemporânea de efetivação dos direitos fundamentais para que os trabalhadores não se vejam prejudicados e/ou desamparados pelo desrespeito ao seu direito à saúde.

O ativismo judicial, nesse particular, se apresenta de forma positiva, diante da exigibilidade de eficácia dos direitos fundamentais. Nos dizeres de Luís Roberto Barroso:

A doutrina da efetividade serviu-se, como se deduz explicitamente da exposição até aqui desenvolvida, de uma metodologia positivista: direito constitucional é norma; e de um critério formal para estabelecer a exigibilidade de determinados direitos: se está na Constituição é para ser cumprido. O sucesso aqui celebrado não é infirmado pelo desenvolvimento de novas formulações doutrinárias, de base pós-positivista e voltadas para a fundamentalidade material da norma. Entre nós - talvez diferentemente do que se passou em outras partes -, foi a partir do novo patamar criado pelo constitucionalismo brasileiro da efetividade que ganharam impulso os estudos acerca do neoconstitucionalismo e da teoria dos direitos fundamentais (BARROSO, 2011, p. 248).

Assim, é possível ao magistrado tornar efetivos os direitos sociais, a partir da aplicação das normas constitucionais que os estabelecem, ainda que não exista norma infraconstitucional que regule a situação concreta que se lhe apresenta.

Nesse diapasão, no que tange à aplicação judicial do adicional de penosidade, o juiz do trabalho José Marlon de Freitas, relator do Recurso Ordinário (RO) n. 0000186-98.2012.5.03.0129, aplicou a teoria constitucional contemporânea de aplicabilidade das normas constitucionais e reconheceu o direito de um empregado da Companhia de Saneamento de Minas Gerais - COPASA/MG - ao recebimento do adicional de penosidade, apesar da alegação pela ré de que o adicional não seria devido, diante da ausência de previsão legal do pagamento da referida verba. Reproduz-se abaixo a ementa do acórdão:

EMENTA: ADICIONAL DE PENOSIDADE. DIREITO SUBJETIVO ASSEGURADO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988. EFETIVIDADE PELO PODER JUDICIÁRIO. A novel doutrina constitucionalista, em evolução pós-positivista da acepção dos direitos subjetivos protegidos constitucionalmente, reconhece a possibilidade de efetivação pelo Judiciário dos direitos subjetivos reconhecidos na Constituição da República. Ante a ausência de regulamentação legal do adicional de penosidade, e, estando o referido adicional previsto em norma coletiva, faz jus o trabalhador ao seu recebimento, pois comprovado o trabalho em condições penosas, tal como considerado na previsão normativa (BRASIL, 2013).

Essa decisão se apresenta em total consonância com a ideia de efetividade dos direitos fundamentais e normatividade mediante aplicação imediata das normas constitucionais que os preveem apresentada pelo constitucionalismo contemporâneo. Importante ideia exposta por Clèmerson Merlin Clève acerca do direito contemporâneo:

Ora, a transformação da história opera-se pela própria história, ou seja, no plano concreto, no nível das relações de forças que dinamizam o tecido social, constituindo a própria materialidade do direito. Daí a necessidade de um saber que conheça o direito como ele é, como se apresenta em sua histórica concreção, para modificá-lo historicamente. As reconstruções ontológicas, neste caso, acompanharão as mudanças históricas, e não o inverso (CLÈVE, 2011, p. 144).

Dessa forma, o magistrado exerce a atividade jurisdicional em conformidade com o paradigma do Estado Democrático de Direito, não reduzindo a sua atuação como intérprete à prática de ser tão somente *la bouche de la loi*, conforme ocorria no paradigma do Estado Liberal, em que imperava a atividade do legislador em detrimento à atuação das demais funções estatais.

Os intérpretes constitucionais, destacando-se aqui as centrais sindicais, os advogados, os juristas e os magistrados, devem se incumbir da tarefa de concretizar o direito ao adicional de penosidade. Na óptica da Teoria Constitucional contemporânea, independentemente da regulação do adicional de penosidade pelo Legislativo, sua efetividade deve ocorrer, enquanto direito fundamental, sem que isso represente ofensa ao princípio da tripartição de poderes. A omissão legislativa é inconstitucional, a efetivação do direito fundamental por seus intérpretes, não.

5 CONCLUSÃO

O presente estudo analisou a alteração no Direito Constitucional contemporâneo relativamente à teoria de aplicabilidade das normas constitucionais, verificando a doutrina clássica de José Afonso da Silva e a obra de Luís Roberto Barroso, reconhecido como autor nacional que inaugurou o “Neoconstitucionalismo” nacional.

A diferença que se observa entre as duas teorias diz respeito à efetivação das normas constitucionais, mediante o reconhecimento de total normatividade e aplicabilidade das normas que expressam direitos fundamentais pela doutrina constitucional contemporânea.

Dessa forma é negado o caráter programático das normas que estabelecem os direitos sociais, pois integrantes dos direitos fundamentais, se apresentando como lesiva aos indivíduos a negativa à fruição desses direitos, bem como a ausência e a letargia legislativa em viabilizar sua proteção.

Diante da constatada omissão por parte do Legislativo em tornar efetivos os direitos sociais por meio da elaboração das normas infraconstitucionais que o regulem, atribui-se essa tarefa aos demais intérpretes da Constituição, por meio dos instrumentos que são colocados à sua disposição para tanto, quais sejam: mandado de injunção, iniciativa popular e ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

O Judiciário se destaca para a efetivação dos pilares do paradigma do Estado Democrático de Direito, ganhando relevância a sua atuação, em uma tarefa de ativismo judicial, observados os limites de sua competência para que não se configure a sua atuação como abuso de poder. O magistrado rompe, portanto, com a simples tarefa de dizer o direito e se torna peça fundamental para a efetividade dos direitos fundamentais mediante a concreção das disposições constitucionais.

Nesse prisma, verifica-se a importância da atuação judicial para efetivação do direito ao adicional pelo exercício de atividades penosas. Atividades penosas são

aqueles que sujeitam os trabalhadores a um desgaste físico e mental excessivo, podendo acarretar doenças ocupacionais comprometedoras da saúde mental, tais como fadiga, estafa, estresse, depressão, etc. Embora exista a previsão desse direito no inciso XXIII do art. 7º da CR/1988, o mesmo não foi regulado por legislação infraconstitucional, diferentemente dos adicionais de insalubridade e periculosidade, previstos na CLT e em outras normas oriundas do Legislativo e do Executivo.

Assim, milhões de trabalhadores brasileiros que exercem suas atividades expostos a agentes penosos se veem tolhidos do recebimento de adicional em virtude desse exercício por essa inércia legislativa.

Não obstante a possibilidade de responsabilização do Legislativo por essa omissão, busca-se uma forma de garantir a esses trabalhadores o percebimento do seu direito, o que se faz possível sob a óptica da nova teoria constitucional que é radical no sentido de concretização dos direitos fundamentais.

Espera-se que o Legislativo atue no sentido de viabilizar aos trabalhadores o recebimento de seu direito, mas, até que isso seja feito, não se pode retirar dos intérpretes da Constituição, sobretudo do Judiciário, a possibilidade de torná-lo efetivo, pois, decorre o adicional de penosidade do princípio da proteção. Assim, integra a dignidade do trabalhador o cuidado com a sua saúde física e mental, sendo seu direito fundamental a justa indenização, quando da ocorrência de dano.

RÉSUMÉ

En considérant la Théorie Constitutionnelle Contemporaine de l'applicabilité des normes constitutionnelles, cet article analyse l'effectivité de la norme qui régit une rémunération additionnelle de pénibilité comme un droit fondamental des travailleurs. Insérée dans la théorie constitutionnelle classique de l'applicabilité des normes constitutionnelles dans les normes programmatiques, le droit social qui est ici analysé n'a pas été régulé par le Législatif, ce qui cause des dommages considérables pour les travailleurs qui exercent leurs activités sujettes à une intense détérioration de leur santé mentale. Face à cette omission législative, la démarche du Judiciaire est d'une extrême importance, dans le sens de rendre effectif le droit à la santé du travailleur, ayant en vue le principe de protection et n'admettant pas, dans le post-positivisme, la négation de la normativité des principes juridiques. Il sera conclu que la solution d'un cas qui implique la rencontre de principes et tâches extrêmement délicates mais, nécessaires à l'exécution de la justice, en conformité avec le paradigme de l'État Démocratique de Droit, guidé par la concrétisation de droits fondamentaux, n'admet pas que l'inertie du Législatif se présente comme un obstacle à l'exécution de tels droits.

Mots-clés: Pénibilité. Normes constitutionnelles. Droits fondamentaux. Effectivité. Principe de protection.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

- BELMONTE, Alexandre. Artigos 7º ao 11. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 389-466.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BRASIL. Congresso Nacional. *Projeto de Lei n. 1.015/1988*. Dispõe sobre o adicional de remuneração para as atividades penosas. Dep. Paulo Paim. 1988. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16143>>. Acesso em: 10 jan. 2014.
- BRASIL. Congresso Nacional. *Projeto de Lei n. 7.083/2002*. Disciplina a jornada de trabalho e concede adicional de penosidade, aposentadoria especial e seguro obrigatório aos motoristas e cobradores de transportes coletivos urbanos. Dep. Paulo Paim. 2002a. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra.jsessionid=145C7855185CDF34BFBE3A58259E7DA8.node2?codteor=76126&filename=PL+7083/2002>. Acesso em: 10 jan. 2014.
- BRASIL. Congresso Nacional. *Projeto de Lei n. 7.097/2002*. Institui o Código Brasileiro de Segurança e Saúde no Trabalho. Dep. Arnaldo Faria de Sá. 2002b. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=76493&filename=PL+7097/2002>. Acesso em: 10 jan. 2014.
- BRASIL. Congresso Nacional. *Projeto de Lei n. 4.243/2008*. Acrescenta dispositivos à CLT - Consolidação das Leis do Trabalho, para dispor sobre atividades penosas, adicional de penosidade e dá outras providências. Dep. Maurício Rands. 2008. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=610922&filename=PL+4243/2008>. Acesso em: 10 jan. 2014.
- BRASIL. Congresso Nacional. *Projeto de Lei n. 774/2011*. Institui o adicional de penosidade para os trabalhadores que prestam suas atividades em condições penosas. Dep. Dr. Aluizio. 2011. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=495466>>. Acesso em: 10 jan. 2014.
- BRASIL. Ministério Público da União. Procuradoria Geral da República. *Portaria n. 654, de 30 de outubro de 2012*. Brasília: PGR, 2012. Disponível em: <<http://www.anajust.org.br/arquivos/AtividadePenosa.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2014.
- BRASIL. Ministério da Saúde do Brasil. Organização Pan-Americana da Saúde no Brasil. *Doenças relacionadas ao trabalho*: manual de procedimentos para os serviços de saúde / Ministério da Saúde do Brasil, Organização Pan-Americana da Saúde no Brasil. Organizado por Elizabeth Costa Dias. Colaboradores Idelberto Muniz Almeida *et al.* Brasília: Ministério da Saúde do Brasil, 2001. Disponível em: <http://dtr2001.saude.gov.br/editora/produtos/livros/pdf/02_0388_M1.pdf#page=162&zoom=auto,0,613>. Acesso em: 12 jan. 2014.
- BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Portaria do Ministério do Trabalho n. 3.214, de 08 de junho de 1978*. Aprova as Normas Regulamentadoras - NR - do Capítulo V, Título II, da Consolidação das Leis do Trabalho, relativas a Segurança e Medicina do Trabalho. Diário Oficial da União, Brasília, 06 jul. 1978. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BE914E6012BE96DD3225597/p_19780608_3214.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2013.

- BRASIL. Presidência da República. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 jan. 2014.
- BRASIL. Presidência da República. *Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 15 jan. 2014.
- BRASIL. Presidência da República. *Lei n. 7.369, de 20 de setembro de 1985*. Institui salário adicional para os empregados no setor de energia elétrica, em condições de periculosidade. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7369.htm>. Acesso em: 15 jan. 2014.
- BRASIL. Presidência da República. *Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990*. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm>. Acesso em: 15 jan. 2014.
- BRASIL. Presidência da República. *Lei n. 8.906, de 04 de julho de 1994*. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm>. Acesso em: 15 jan. 2014.
- BRASIL. Presidência da República. *Lei n. 12.740, de 08 de dezembro de 2012*. Altera o art. 193 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, a fim de redefinir os critérios para caracterização das atividades ou operações perigosas, e revoga a Lei n. 7.369, de 20 de setembro de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12740.htm#art3>. Acesso em: 15 jan. 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2691269>>. Acesso em: 29 jul. 2010.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.330/DF*. Rel. Min. Ayres Britto. Publicada em 03 de maio de 2012. 2012a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2251887>>. Acesso em: 27 maio 2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *Mandado de Injunção n. 5.974/DF*. Rel. Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha. Publicada em 03 de dezembro de 2013. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4478601>>. Acesso em: 14 jan. 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *Recurso Extraordinário n. 477.554/MG*. Rel. Min. Celso de Mello. Publicada em 26 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2376061>>. Acesso em: 27 maio 2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 597.285*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2662983>>. Acesso em: 27 maio 2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acompanhamento Processual de Recurso Extraordinário 603583*. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=603583&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 15 jan. 2014.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante n. 04*. Brasília, 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante&pagina=sumula_001_032>. Acesso em: 15 jan. 2014.
- BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. *RO n. 0000186-98.2012.5.03.0129*. Rel. Juiz Convocado José Marlon de Freitas. DEJT, 07 de junho de 2013, p. 244. Disponível em: <<https://as1.trt3.jus.br/juris/consultaBaseCompleta.htm;jsessionid=8BA64AE8AF79A549B4C260DE36601CC0>>. Acesso em: 10 jan. 2014.
- BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. *RO n. 0000828-36.2010.5.15.0120*. Rel. Fabio Allegretti Cooper. Publicada em 18 de abril de 2013. Disponível em: <http://consulta.trt15.jus.br/consulta/owa/pDecisao.wAcordao?pTipoConsulta=PROCESSO&n_idv=1333818>. Acesso em: 10 jan. 2014.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *AIRR n. 799-04.2010.5.01.0531*. Rel. Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Diário de Justiça, Brasília, 17 de maio de 2013. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23270644/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-7990420105010531-799-0420105010531-tst>>. Acesso em: 10 jan. 2014.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Dissídio Coletivo de Greve (DC) n. 5761-36.2013.5.00.0000*. Rel. Ministro Mauricio Godinho Delgado. Diário de Justiça, Brasília, 16 agosto 2013. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/8c414470-27ce-43b6-b683-53ab1950a8aa>>. Acesso em: 10 jan. 2014.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n. 228*. Adicional de Insalubridade. Base de Cálculo. Diário de Justiça, Brasília, 08, 09 e 10 de julho de 2008. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-228>. Acesso em: 20 dez. 2013.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *Mutação constitucional*. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. XLIII-LV.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- LOBO, Bárbara Natália Lages; PEDERSOLI, Christiane Vieira Soares; GOMES, Isabela Monteiro. Reflexões acerca da responsabilidade civil do Estado por omissão legislativa. *Esfera jurídica*, v. 2, 2008. p. 30-54.
- LOBO, Bárbara Natália Lages. *O direito à igualdade na constituição brasileira: comentários ao estatuto da igualdade racial e a constitucionalidade das ações afirmativas na educação*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado*

- de segurança e ações constitucionais*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
 - SÜSSEKIND, Arnaldo. *Instituições de direito do trabalho*. Vol. 1. 21. ed. São Paulo: LTr, 2003.
 - TEODORO, Maria Cecília Máximo; DOMINGUES, Gustavo Magalhães de Paula Gonçalves. Adicionais de insalubridade e periculosidade: base de cálculo, cumulatividade e efeitos preventivo e pedagógico. *In: Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito*, 2011, Belo Horizonte, MG. *Anais do XX Encontro Nacional do CONPEDI FUMEC/Belo Horizonte*. Florianópolis: CONPEDI, 2011. Disponível em: <<http://conpedi.org.br/conteudo.php?id=2>>. Acesso em: 12 maio 2014.