

O MANDADO DE INJUNÇÃO COMO MEIO GARANTIDOR DO DIREITO CONSTITUCIONAL AO ADICIONAL DE PENOSIDADE

Bruno Corrêa Sobrinho*

Abraham Lincoln Barros Ferreira**

RESUMO

O presente estudo trata, inicialmente, sobre a proteção constitucional aos adicionais de penosidade, insalubridade e periculosidade. É feita uma breve introdução relacionando a dignidade da pessoa humana e o trabalho. São brevemente analisados os dois primeiros adicionais e sua atual aplicação, mas em especial o adicional de penosidade, tendo em vista a ausência de regulamentação exigida pela Constituição Federal, a grande problemática do tema, analisando as atividades penosas, os conceitos dados, consequências, alguns projetos de lei que já trataram o sobre o adicional da atividade penosa e, por fim, o mandado de injunção como o método eficaz para que o adicional seja concedido ao trabalhador.

Palavras-chave: Adicional. Penosidade. Atividade Penosa. Ausência de regulamentação. Mandado de Injunção.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 trouxe diversas garantias ao trabalhador, em sua grande maioria no artigo 7º e incisos, trazendo um rol exemplificativo. Neste rol, o inciso XXIII garante o “*adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei*”. Trata-se de uma norma constitucional de eficácia limitada, ou seja, necessita de complementação legal para que seja regulamentada.

Ainda que os adicionais de insalubridade e periculosidade estejam regulados na Consolidação das Leis do Trabalho e também, respectivamente, nas Normas Regulamentadoras n. 15 e 16, o adicional de penosidade ainda não foi regulamentado, ou seja, não pode ser concedido a todos os trabalhadores que teriam direito, sendo de extrema importância e urgência, uma vez que muitos trabalhadores se submetem a atividades física e psicologicamente desgastantes que deveriam se tornar menos angustiantes, caso o empregador fosse incentivado a criar maneiras de minimizar as consequências do trabalho penoso.

Dessa forma, o objetivo desse estudo é tratar sobre o mandado de injunção como um dos meios de aplicação do adicional de penosidade, enquanto pendente de regulamentação. Ainda, apesar desse meio ser atualmente utilizado, não é amplamente divulgado, sendo que uma pequena parcela dos que deveriam perceber, recebem o adicional.

* Aluno graduando no curso de Direito do Centro Universitário de Várzea Grande – UNIVAG.

** Professor orientador do presente artigo científico, professor do Centro Universitário de Várzea Grande e especialista nas áreas de Direito e Processo do Trabalho.

O artigo é dividido em tópicos, sendo que primeiramente é mostrado o adicional de penosidade como um direito constitucional. Após, breves elucidações sobre os outros adicionais constitucionais (periculosidade e insalubridade), já regulamentados.

Em um terceiro momento, o trabalho explora o próprio adicional de penosidade e o universo das atividades penosas, demonstrando quais seriam as atividades penosas e, ainda, mostrando suas consequências.

Por fim, exhibe alguns meios para a obtenção do adicional não regulamentado e, somente depois, aborda o Mandado de Injunção, demonstrando como o adicional pode ser garantido por esse meio.

1. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO TRABALHO INSALUBRE, PERIGOSO E PENOSO E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição Federal de 1988 arrola importantes direitos dos trabalhadores urbanos e rurais em seu artigo 7º e incisos.

A despeito de o próprio *caput* do artigo 7º deixar claro que este rol é meramente exemplificativo ao dispor “... *além de outros que visem à melhoria de sua condição social*”, os direitos ali expostos devem ser compreendidos com atenção diferenciada, pois eles possuem tal relevância que o constituinte os fez constar em nossa Lei Maior.

No artigo 7º da Constituição Federal, em seu inciso XXIII, dispõe-se que é devido o pagamento de adicional aos trabalhadores que exercem atividades insalubres, perigosas e penosas.

Referido inciso é de grande importância para as relações de trabalho, tendo em vista que o obreiro é ser humano que possui suas emoções, fraquezas, limitações, adoece, mantém relações amorosas e sociais e utiliza o labor somente como instrumento para conseguir seu sustento.

O princípio da dignidade da pessoa humana está disposto no artigo 1º, III da Constituição Federal.

Christiani Marques demonstra a importância devida ao princípio da dignidade da pessoa humana ao expor que:

... o princípio da dignidade da pessoa humana é absoluto, fundamental e intangível, porque não permite qualquer relativização. E mais, independe de regulamentação, pode estar implícito ou explícito, não necessita de vigência, eficácia e validade, elementos condicionantes das normas, pois assume feição de princípio e, por isso, outorga como valor fundamental uma maior pretensão de eficácia e efetividade. (MARQUES, 2007, p. 45).

Na atualidade, a sociedade passa por uma fase onde o princípio da dignidade da pessoa humana ganha mais força a cada dia e, nas relações trabalhistas, não podia ser diferente. O relacionamento entre o empregado com os superiores hierárquicos, colegas e com o próprio emprego deve estar sempre amparado neste princípio. Conforme o dito popular, todo trabalho deve ser digno.

Porém, as condições de trabalho muitas vezes não são dignas, ou por conta da natureza destes trabalhos ou por conta da estrutura fornecida pelo empregador. Certas tarefas causam desgaste físico, psicológico ou emocional e podem, ainda, levar o trabalhador à exaustão.

É de grande importância que o empregado não seja visto como mero instrumento de trabalho, mas sim, como pessoa humana que trabalha para sustentar sua vida fora do espaço de trabalho.

Atualmente, a ideia de o trabalhador ser apenas um instrumento, apesar de não ter desaparecido completamente, ficou no passado.

Entretanto, certos trabalhadores precisam lidar com produtos ou laborar em ambientes que causam prejuízos à sua saúde, fazendo com que ele desenvolva enfermidades com o tempo. Ainda, existem trabalhadores que exercem funções perigosas, que precisam lidar com produtos ou em condições de risco, que podem causar a sua morte. Referidos trabalhadores recebem – ou deveriam receber – os adicionais de insalubridade e periculosidade, respectivamente.

Finalmente, existem ainda os que trabalham apenas para sobreviver, pois exercem atividades que acabam com sua qualidade de vida, disposição, saúde e energia, o que faz com que a pessoa viva exclusivamente em função do trabalho.

Preocupado com tal realidade, o constituinte estabeleceu adicional para as pessoas que trabalham nessas condições penosas, entretanto, tal adicional ainda não foi regulamentado, e, portanto, não é concedido ao obreiro que passa por tal situação.

2. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

O adicional devido àqueles que prestam serviços em ambientes insalubres é, evidentemente, o de insalubridade. A Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 189, caracteriza a atividade insalubre como aquela que por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, expõe os trabalhadores a agentes nocivos à saúde.

Ainda, o artigo 190 da CLT aduz que o Ministério do Trabalho é o órgão responsável por aprovar o quadro das atividades e operações insalubres, adotando normas sobre os critérios de caracterização da insalubridade, ou limites de tolerância aos agentes agressivos, meios de proteção e o tempo máximo de exposição do empregado a esses agentes. Assim sendo, o Ministério do Trabalho, através da Norma Regulamentadora nº 15, classificou todas as atividades que são consideradas insalubres, sendo que apenas essas dão jus ao recebimento do adicional.

A insalubridade se caracteriza nos graus mínimo, médio e máximo, casos em que deve ser pago ao trabalhador o adicional nas porcentagens de 10%, 20%, 40%, respectivamente, incidente sobre o salário mínimo, conforme se entende pela suspensão provisória da súmula 228 do Tribunal Superior do Trabalho, que determina a incidência do adicional sobre o salário-base do trabalhador.

Interessante acrescentar que, caso o empregado trabalhe em local que contenha mais de um agente insalubre, terá direito somente ao recebimento de um adicional, no maior valor.

Referido adicional, deve ser pago em último caso, quando o empregador não achar métodos de diminuição ou neutralização da insalubridade, ou seja, além de ser um tipo de compensação ao trabalhador, serve como um incentivo para que o empregador invista em meios para eliminar as condições insalubres.

A CLT prioriza a criação de meios para que os prejuízos das atividades insalubres sejam reduzidos e, em seu artigo 194, autoriza a supressão do pagamento do adicional de insalubridade quando houver a eliminação da situação insalubre, subentendendo-se ser possível a diminuição da porcentagem do adicional existindo diminuição do grau de insalubridade.

Não é possível, portanto, falar em direito adquirido ao adicional de insalubridade, haja vista que o seu objetivo não é aumentar a renda do empregado, mas sim, zelar por sua saúde.

É necessária a realização de uma perícia no local de trabalho para que seja concedido o adicional de insalubridade, devendo ser analisados, também, os equipamentos que visam à redução da insalubridade. Embasado na perícia, é constatado se a situação se enquadra na NR. 15, se o empregado faz jus ao adicional e qual o valor do adicional que deve ser pago.

3. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE

O adicional referente a este tópico é devido ao empregado que exerce seu trabalho em contato permanente com agentes perigosos.

Com a alteração do artigo 193 da CLT, pela Lei 12.740/12, são consideradas atividades perigosas, conforme regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco à vida ou a integridade física do trabalhador, em virtude de exposição permanente a agentes inflamáveis, explosivos ou energia elétrica e, ainda, em virtude de roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial.

Conforme a súmula 364 do Tribunal Superior do Trabalho, o adicional é devido quando o contato com a situação de risco for permanente ou intermitente, no entanto, será indevido se o contato for de forma eventual ou se, sendo habitual, dá-se por tempo extremamente reduzido.

O Ministério do Trabalho, através da NR. n. 16 e seus anexos também dispõem sobre o adicional de periculosidade que, diferente do adicional de insalubridade, é de 30% do salário base do trabalhador, sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa, conforme o artigo 193, §1º da CLT.

Para que o trabalhador receba o referido adicional, existe a necessidade de uma perícia técnica no local de trabalho. Assim como o adicional de insalubridade, o adicional de periculosidade deixa de ser devido quando a situação de risco cessar.

Caso interessante é o do trabalhador que, a priori, tenha direito aos adicionais de insalubridade e de periculosidade ao mesmo tempo. Nessa situação, ele deverá escolher qual recompensa receberá, haja vista não ser permitido o recebimento de ambos os adicionais de forma simultânea, conforme interpretação do §2º do artigo 193 da CLT.

O adicional de periculosidade, ainda, possui natureza salarial, ou seja, integra o salário para todos os efeitos legais nos meses em que for pago, excetuando-se o descanso semanal remunerado.

4. ADICIONAL DE PENOSIDADE

O adicional de penosidade está previsto no artigo 7º, XXIII da Constituição Federal, ao lado dos adicionais de insalubridade e periculosidade. Referido dispositivo é de eficácia limitada, pois precisa de regulamentação de lei infraconstitucional para produzir todos os efeitos pretendidos com sua criação.

Ainda que a Constituição Federal disponha sobre os três adicionais, somente estão regulamentados os adicionais de insalubridade e periculosidade (artigos 189 ao 197 da Consolidação das Leis do Trabalho, bem como pelas Normas Regulamentadoras nº 15 e 16).

Dessa maneira, o artigo 7º, XXIII da Constituição Federal, ao que se refere a estas atividades, produz todos os seus efeitos.

Porém, ainda hoje, o adicional de penosidade não é regulamentado por lei infraconstitucional, de forma que não há, na legislação brasileira, hipóteses e condições previstas para que o empregado tenha direito ao adicional, bem como não existe estipulação de seu percentual e base de cálculo.

É que a penosidade e seu correspondente adicional, embora mencionados na Constituição (art. 7º, XXIII, CF/88), ainda não merecem tipificação e especificação por texto normativo trabalhista infraconstitucional. No Direito Administrativo já existe tipificação de atividades penosas com o respectivo adicional (ilustrativamente, art. 71, Lei 8.112/90). Contudo, a ordem justralhista heterônoma atual ainda não estendeu ao mercado de trabalho privado semelhante normatização. (DELGADO, 1997, p. 155).

Dessa forma, o adicional de penosidade não possui efetiva aplicabilidade enquanto da sua não regulamentação.

5. ATIVIDADES PENOSAS E SUAS CONSEQUENCIAS

O vocábulo “penoso” é descrito no dicionário Aurélio (2009, p. 1530) como aquele “1. que causa pena ou sofrimento: assunto penoso. 2. que incomoda: sensação penosa; impressão penosa. 3. que produz dor; doloroso: tratamento penoso. 4. difícil, complicado: estudo penoso; pesquisa penosa”. E ainda, no dicionário Houaiss (2009, p. 1467), penoso é aquilo “1 que provoca pena ou sofrimento <relato p. de uma tragédia> 2 que causa desconforto <situação p.> 3 que ocasiona dor <cirurgia p.> 4 que exige esforço e trabalho; difícil; complicado <profissão p.>”.

Dessa forma, analisando o significado de penoso, a ideia que está diretamente relacionada é a de sofrimento, assim, ao caracterizar um trabalho como penoso, entende-se que o empregado que o exerce no dia a dia para a sua sobrevivência, passa parte de seu tempo em sofrimento.

Atividade penosa é aquela que, em razão de suas particularidades, ambientes ou modos de execução, exige mais do que um trabalhador comum pode normalmente oferecer, ocasionando um desgaste acentuado no final do dia, e ainda, aquela que traz ao trabalhador elevado incômodo físico ou psicológico.

Conceituando o trabalho penoso, Christiani Marques explica:

O conceito de trabalho penoso é indicativo para se estabelecer se haverá ferimento à dignidade humana do trabalhador, bem como identificar se o meio ambiente de trabalho está inadequado e, ainda, verificar a existência permanente da atividade

penosa, quando então serão estudados os limites, proibições e critérios remuneratórios. (MARQUES, 2007, p. 45).

Octavio Bueno Magano fala acerca do trabalho penoso da seguinte forma:

As atividades penosas previstas na Constituição de 1988 são as geradoras de desconforto físico ou psicológico, superior ao decorrente do trabalho normal. Em espanhol, fala-se em ‘trabajos sucios’, para significar os executados em minas de carvão, transporte e entrega de carvão, limpeza de chaminés, limpeza de caldeiras, limpeza e manutenção de tanques de petróleo, recipientes de azeite, trabalhos com grafite e cola, trabalho em matadouros, preparação de farinha de peixe, preparação de fertilizantes etc. (...).

O importante na caracterização destes é a de se particularizarem como fenômenos distintos dos da insalubridade ou periculosidade. Trata-se, portanto, de “tertium genus” compreendendo atividades do tipo das indicadas nos parágrafos anteriores. (MAGANO, 1992, p. 173/174).

Cretella Júnior conceitua a atividade penosa, ao dizer:

“Penoso” é o trabalho acerbo, árduo, amargo, difícil, molesto, trabalhoso, incômodo, laborioso, doloroso, rude. (...) Em inúmeros casos, “penoso” é conceito subjetivo, mas há o “penoso” objetivo, em si e por si, suscetível de medida ou avaliação. *Penosas* são, entre outras, as atividades de ajuste e reajuste de aparelhos de alta precisão (microscópios, rádios, relógios, televisores, computadores, vídeos, fornos de micro-ondas, refrigeradores), pinturas artesanais de tecidos e vasos, em indústrias, bordados microscópios, restauração de quadros, de esculturas, 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 constante e vigilância acima do comum. (CRETELLA. 1991, p. 975/976).

Ao estudar os conceitos citados, nota-se que os autores já trazem exemplos de atividades que entendem como penosas e, ainda, que quase todos os exemplos citados são de atividades necessárias na sociedade atual. Assim, logo percebemos a importância e a urgência da regulamentação do adicional de penosidade para os trabalhadores que se encontram nestas condições.

5.1. EXEMPLOS DE ATIVIDADES PENOSAS

Mesmo que não exista regulamentação trabalhista atual para o cabimento do adicional de penosidade, tal adicional é eventualmente dado a alguns trabalhadores em razão de decisões judiciais, acordos e convenções coletivas.

Serão analisadas duas atividades, uma considerada penosa em razão do caráter psicológico e outra em razão do esforço físico. Importante ressaltar que as profissões citadas a seguir, bem como o rol de atividades que atualmente são abarcados pela jurisprudência e convenções coletivas, não abrangem toda a quantidade de atividades merecedoras deste adicional.

Primeiramente, trabalhar no cerne da atividade capitalista traz bastante responsabilidade e, também, muito estresse. Faz parte do conhecimento geral que o trabalho bancário é complicado, estressante e requer muito do trabalhador. Por não ser um trabalho braçal, seria merecedor do adicional de penosidade?

Sim, o trabalho dos bancários é considerado um trabalho penoso.

Christiani Marques, analisando depoimentos de alguns bancários, concluiu:

Nos estudos de trabalhadores bancários, algumas características dessa atividade, conforme apontadas em seguida, demonstram a penosidade na atividade laboral. São elas: aumento do volume de trabalho; acúmulo de funções; submissão e resistência; horários predeterminados para o cumprimento de diferentes tarefas e pressão do próprio público. (MARQUES, 2007, p. 65).

O Sindicato dos Bancários de São Paulo, Osasco e Região (Seeb/SP), em pesquisa sobre o estresse e a pressão sofridos pelo bancário, demonstra que 84% dos obreiros entrevistados apresentaram problemas de saúde com frequência acima do comum.

Segundo o artigo jornalístico, sobre a pesquisa supracitada, publicado por Flávia Albuquerque, repórter da Agência do Brasil:

Foram entrevistados 818 bancários de seis instituições, entre novembro de 2010 e janeiro de 2011. Do total, 45% têm até cinco anos de profissão e 65% estão nela há dez anos. Entre os pesquisados, 5% têm ensino médio completo, 15% estão cursando faculdade, 66% têm ensino superior completo e 14% estão fazendo pós-graduação.

Do total de entrevistados, 52% disseram ter problema para relaxar por ficar sempre preocupado com o trabalho. Outros 47% informaram que têm fadiga e cansaço constante e 40% sentem dor ou formigamento nos ombros, braços e mãos.

Para 65% dos funcionários de agências a pressão excessiva pelo cumprimento de metas é um grande problema. Segundo a pesquisa, 72% dos caixas e 63% dos gerentes disseram sofrer pressões abusivas para superar metas e 42% reclamaram de sobrecarga de trabalho.

O estudo indica ainda que 42% dos bancários já sofreram algum tipo de assédio moral, 49% não sentem seus esforços reconhecidos, 44% tiveram suas dificuldades expostas no ambiente de trabalho e 31% foram chamados de incompetentes mesmo cumprindo as metas. (ALBUQUERQUE, 2011).

Como segundo exemplo, o cortador de cana exerce uma atividade que muito lembra a da escravidão. O obreiro precisa passar horas debaixo do sol escaldante, cortando a cana e a levando por longas distâncias até o lugar demarcado. Resta evidente a característica penosa do trabalho e o merecimento do adicional de penosidade.

Acerca da forma como os cortadores de cana trabalham, o pesquisador Francisco Alves foi citado no artigo “Cortadores de cana adoecem e morrem por conta do pagamento por produção” de Cida de Oliveira:

Conforme Francisco Alves, que há mais de 20 anos pesquisa a produção no setor canavieiro, o excesso de trabalho pode ser demonstrado pela rotina dos bóias frias. Para a produção diária de seis toneladas, eles têm de cortar a cana rente ao solo para desprender as raízes; cortar a parte onde estão as folhas verdes, que por não ter açúcar não servem para as usinas; carregar a cana cortada para a rua central e arrumá-la em montes.

Segundo o pesquisador, tudo isso é feito rápida e repetidamente, a céu aberto, sob o sol e calor, na presença de fuligem, poeira e fumaça, por um período que varia entre 8 e 12 horas. Para isso, eles chegam a caminhar, ao longo do dia, uma distância de aproximadamente 4.400 metros, carregando nos braços feixes de 15 quilos por vez, além de despender cerca de 20 golpes de facão para cortar um feixe de cana. Isso equivale a aproximadamente 67 mil golpes por dia. Isso tudo se a cana for de primeiro corte, ereta, e não caída, enrolada. Do segundo corte em diante, há mais esforço.

O gasto energético ao andar, golpear, agachar e carregar peso torna-se ainda maior devido à vestimenta com botina de biqueira de aço, perneiras de couro até o joelho, calças de brim, camisa de manga comprida com mangote de brim, luvas de raspa de couro, lenço no rosto e pescoço e chapéu, ou boné, quase sempre sob sol forte. Com isso, eles suam abundantemente, perdendo muita água e sais minerais. (OLIVEIRA, 2013).

Não há como negar que o trabalho do cortador de cana possui condições desumanas e que a dignidade da pessoa humana está longe de sua realidade.

5.2. CONSEQUÊNCIAS DO TRABALHO PENOSO

Desde alguma sensação desconfortável até as mais graves dores físicas, muitos são os possíveis efeitos na vida de um obreiro, tanto na esfera física quanto na esfera psicológica.

As atividades insalubres provocam doenças que tendem a incapacitar o empregado já as atividades perigosas expõem o obreiro a um risco de vida. Pode-se dizer que são essas consequências que demonstram a necessidade de seu adicional e que, logicamente, o mesmo deveria valer ao se falar em adicional de penosidade.

Christiani Marques, ao tratar sobre as consequências do trabalho penoso, abarca muitas destas possibilidades.

Além disso, o trabalho penoso pode acarretar ao trabalhador a sensação de ser prisioneiro de procedimento e/ou regulamento rigoroso e de limitações impostas pela hierarquização. Além disso, ele pode estar sujeito ao esgotamento físico, acidentes do trabalho, subalimentação, longevidade de vida reduzida, morbidade e isolamento, conforme relatado pelas operadoras de telefone, na França. Em alguns momentos, o profissional está preocupado com tudo, consciente e participativo; em outros, descrente, desanimado, debochado e sem interesse. (MARQUES, 2007, p. 88).

Uma dessas consequências é a fadiga. Hilário Veiga de Carvalho (1997, p. 213) cita Legrange, que define a fadiga como *“a diminuição do poder funcional dos órgãos, provocada por um excesso de trabalho e acompanhada por uma sensação característica de mal-estar.”*

Conhecida como desgaste, a palavra “fadiga” é usada cotidianamente para expressar o cansaço. Entretanto, a fadiga não é coisa tão simples. Dentro deste contexto, Hilário Veigo explica:

Esta sensação desagradável e penosa constitui, na realidade, um mecanismo de defesa do organismo contra o excesso danoso representado, no caso, pela superexcitação do exercício a que está sendo submetido. Equivale, segundo os autores, a um mecanismo em tudo paralelo ao da dor. O organismo se defende, no exemplo de uma fratura, contra a mobilidade anormal que ela acarreta pela dor, que sugere o repouso; o organismo se defende, quando esgotado pelo exercício extremado, pela fadiga e suas manifestações. Movimento de defesa penoso, mas deveras eficiente, se atendido. (CARVALHO, 1997, p. 213)

Alguns sintomas da fadiga são exaustão, diminuição da energia, depressão, dificuldade em se concentrar, perda de memória, dificuldade em executar tarefas diárias, desinteresse por atividades antes consideradas interessantes, agonia, dores de cabeça e musculares e, ainda, enfraquecimento do sistema imunológico.

Outra consequência da atividade penosa é o estresse.

Preliminarmente, necessário esclarecer que o estresse é o conjunto das reações do organismo às agressões de ordem física e psicológica. Neste sentido, Christiani Marques (2007, p. 105) estabelece que “*o stress em si não é patológico, é uma reação natural do organismo humano quando colocado diante de alguma situação de ameaça*”. Isto posto, o estresse pode ser gerado por vários fatores, como problemas familiares, sociais e profissionais – incluído aqui o trabalho penoso.

Christiani Marques aduz:

Após a breve exposição a respeito do *stress*, percebe-se que esse fenômeno pode assumir relação com a atividade laboral e assume relevância para este estudo, pois é um estado que decorre do desgaste físico e mental, de forma crônica, diretamente ligado pelo e ao trabalho. (MARQUES, 2007, p. 108).

É possível perceber se o empregado está com estresse verificando fatos como a queda de produtividade, faltas no trabalho, aumento de consumo de cigarros, insegurança nas decisões, uso de tranquilizantes, aparecimento de diversos tipos de doenças e alto nível de irritabilidade.

A síndrome de burnout, também conhecida como síndrome do esgotamento profissional, é outra possível consequência do trabalho penoso. Está registrada no Grupo V da CID-10 (Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde).

Christiani Marques diz que:

Burn-out é conhecido como esgotamento ou estafa e manifesta-se na inadequação do homem à realidade do trabalho, é o estágio mais acentuado do *stress*. A síndrome de burn-out, além da sensação de estar acabado, causa *stress* e até incapacidade para trabalhar. Fatores como insegurança social e econômica aumentam o risco de esgotamento. (MARQUES, 2007, p. 115).

O Decreto 6.967/2009, em seu anexo, na parte de “Transtornos Mentais e de Comportamento Relacionados com o Trabalho” (Grupo V da CID-10), que segue:

DOENÇAS: XII - Sensação de Estar Acabado (“Síndrome de Burn-Out”, “Síndrome do Esgotamento Profissional”) (Z73.0)
 AGENTES ETIOLÓGICOS OU FATORES DE RISCO DE NATUREZA OCUPACIONAL: 1. Ritmo de trabalho penoso (Z56.3); 2. Outras dificuldades físicas e mentais relacionadas com o trabalho (Z56.6).

São alguns sintomas da síndrome de burnout a sensação de esgotamento físico e emocional, podendo se manifestar ainda fisicamente através de dores de cabeça, enxaqueca, cansaço, sudorese, palpitação, pressão alta, dores musculares, insônia, crises de asma e distúrbios gastrintestinais.

6. POSSÍVEIS MEIOS DE APLICAÇÃO DO ADICIONAL DE PENOSIDADE

Conforme o exposto, o adicional objeto deste artigo é uma garantia necessária e importante ao obreiro e está há muito tempo previsto em vários projetos de lei que ainda não foram aprovados – projetos de lei números 1.015/88 e 7.083/02, do deputado federal Paulo Paim, projeto de lei 7.097/02, do deputado federal Arnaldo Faria de Sá, projeto de lei 5.290/01, do deputado federal José Carlos Coutinho e, por fim, o projeto de lei 774/11 do deputado Dr. Aluizio.

Neste capítulo serão tratados alguns meios possíveis de serem utilizados para conseguir a garantia constitucional ao adicional de penosidade, quais sejam: ativismo judicial e diplomas negociais coletivos, deixando o mandado de injunção que será tratado em capítulo posterior.

O ativismo judicial acontece quando o Poder Judiciário se manifesta acerca de assuntos que deveriam ser regulamentados pelos outros Poderes, por conta da inércia do poder competente ou da cobrança da sociedade, como, por exemplo, quando das decisões do mandado de injunção que passaram a conceder a garantia constitucional pleiteadas, enquanto a omissão não é sanada.

Assim, é possível que o juiz do trabalho, depois de analisar o caso concreto, em decisão justificada, conceda o adicional de penosidade através do ativismo judicial. O magistrado não estaria criando um novo direito, apenas pondo em exercício o direito já garantido pela Lei Maior e que ainda depende de regulamentação.

Também é possível que o adicional de penosidade seja concedido ao empregado através de um diploma negocial coletivo, por acordos ou convenções coletivas, devendo estes serem diferenciados.

Primeiramente, cumpre fazer breve relato sobre a negociação coletiva que é o meio pelo qual os empregadores dispõem deveres e dão direitos aos seus empregados de uma forma geral, com a participação de grupos de trabalhadores ou sindicatos profissionais em conjunto sindicatos econômicos, empresa ou grupos de empresas.

Conceituando, Davi Furtado Meirelles, diz que a negociação coletiva é:

... processo de discussão que envolve, de um lado, um ou mais sindicatos econômicos, a empresa, ou um grupo de empresas, e, de outro lado, um ou mais sindicatos profissionais, ou um grupo de trabalhadores, visando à composição amigável sobre a regulamentação das condições coletivas de trabalho, resultado na realização de um negócio jurídico. (MEIRELLES, 2008, p. 20).

A negociação coletiva tem várias funções, entre elas, a de normatização das relações de trabalho e, conseqüentemente, criações de direitos e obrigações recíprocos.

A negociação coletiva que acabou em acordo terá como resultado uma convenção coletiva ou acordo coletivo que, em verdade, compõe a negociação coletiva, conforme ensina Mauricio Godinho Delgado (2012, p. 1394) - devendo eles se ater ao disposto nos artigos 611 a 625 da CLT.

Conforme o exposto no artigo 611 da Consolidação das Leis do Trabalho percebe-se uma pequena diferença dos institutos, que são ainda muito confundidos no Brasil.

Resumidamente, a convenção coletiva abrange um número maior de trabalhadores, pois protege todos os trabalhadores da categoria dos sindicatos participantes na região em que eles atuam, enquanto o acordo coletivo de trabalho abrange apenas os trabalhadores protegidos pelos sindicatos profissionais participantes que são empregados das empresas que participaram do acordo.

Atualmente, já existem casos em que o adicional de penosidade encontra-se previsto no diploma negocial, porém, por serem provenientes de um acordo entre as partes, não há um consenso geral quanto às funções que terão direito ao adicional de penosidade ou o seu valor ou, ainda, se pode existir a cumulação com o adicional de insalubridade ou periculosidade, entre outras especificidades.

7. O MANDADO DE INJUNÇÃO COMO MEIO DE APLICAÇÃO AO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

7.1. MANDADO DE INJUNÇÃO

7.1.1 CONCEITO E OBJETO

A previsão do mandado de injunção se encontra no artigo 5º, LXXI da Constituição Federal. O dispositivo diz que “*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*”.

Desse modo, referido remédio constitucional serve para a proteção dos direitos dispostos no inciso 5º, LXXI da Carta Magna, porém dependem de regulamentação que ainda não possuem.

Ensina Hely Lopes Meirelles:

De um modo geral, pode-se dizer que o mandado de injunção não se presta a resolver controvérsias baseadas em normas em vigor, mas apenas e tão somente a possibilitar o exercício de um direito constitucional frustrado pela omissão na edição da norma regulamentadora competente. (MEIRELLES, 2012, p. 331).

Para se ajuizar o mandado de injunção dois requisitos devem ser preenchidos: a falta de norma reguladora de uma previsão constitucional e o nexo de causalidade entre a omissão arguida e a inviabilidade do exercício do direito constitucional.

7.1.2. LEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA

Tem legitimidade ativa para ajuizar mandado de injunção qualquer pessoa física ou jurídica cujo direito, liberdade constitucional ou prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania esteja sendo impossibilitado, podendo ainda serem legítimas as entidades que possuem legitimidade para ajuizar mandado de segurança coletivo, conforme jurisprudência.

De outro lado, a legitimidade passiva é do ente estatal competente para editar a norma ainda inexistente, ou seja, União, Estados, Municípios e Distrito Federal, não existindo possibilidade do litisconsórcio passivo entre ente estatal e particular, uma vez que o particular

não tem o dever jurídico de prover normas e, portanto, não pode figurar o polo passivo de um mandado de injunção.

7.1.3. COMPETÊNCIA PARA JULGAR

O artigo 102, I, *q*, da Constituição Federal fala sobre a competência para julgar o mandado de injunção. O dispositivo determina que o STF possui competência originária para julgar o mandado de injunção uma vez que a elaboração da norma regulamentadora for de competência do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou, ainda, do próprio Supremo Tribunal Federal.

Porém, o artigo 105, I, *h*, da Lei Maior diz traz que é competente para julgar, originariamente, o mandado de injunção o STJ, quando a norma deva ser regulamentada por órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuando, evidentemente, os casos competentes ao Supremo Tribunal Federal, aos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal.

7.1.4. EFEITOS DO JULGAMENTO

São duas as posições quanto ao efeito do mandado de injunção, quais sejam: concretista e não concretista.

Quanto à posição concretista, caso o remédio seja julgado procedente, o Poder Judiciário proferirá decisão constitutiva, onde declarará a omissão administrativa ou legislativa e implementará o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa constitucional até que seja regulada a norma. Tal posição é dividida, ainda, em duas: a concretista geral, onde o efeito da decisão será *erga omnes*, e a concretista individual, quando a decisão terá produzirá efeitos somente para o autor do mandado de injunção. Atualmente, ambas são aceitas pelo Supremo Tribunal Federal.

Quanto à posição não concretista, sendo o remédio julgado procedente, servirá apenas para o reconhecimento formal da inércia do Poder Público referente a sua próxima omissão, concedendo prazo para a devida regulamentação ou não. Esta posição sofre diversas críticas por não solucionar o problema, uma vez que o Poder Público muitas vezes permanece inerte.

7.2. MANDADO DE INJUNÇÃO PARA A APLICAÇÃO DO ADICIONAL DE PENOSIDADE

Finalmente, em se tratando do adicional de penosidade, existe a possibilidade do empregado prejudicado ou do sindicato ajuizar mandado de injunção, desde que preenchidos os dois requisitos necessários, porquanto o dispositivo constitucional que prevê referido adicional é norma de eficácia limitada programática garantidora de direito, restando apenas que, em razão da não regulamentação do referido adicional, o obreiro (ou conjunto de obreiros defendidos pelo sindicato) não consigam o direito que lhes é devido.

Deste modo, é possível a impetração deste remédio constitucional para que, dependendo da corrente seguida, o Poder Legislativo tenha um prazo para sanar a omissão ou para que o próprio Poder Judiciário dê a garantia do direito – do impetrante ou de todos os trabalhadores que exercem atividade penosa – ao adicional de penosidade até que seja criada sua regulamentação, assim como ocorreu no caso do direito de greve dos servidores públicos, quando o STF decidiu pela aplicação da Lei 7.783/1989, no que couber, enquanto a omissão não for devidamente suprida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após toda a exposição do presente artigo, conclui-se que o trabalho penoso merece a proteção do Legislativo e também Judiciário quando necessário.

As atividades penosas fazem parte do cotidiano brasileiro e estão presentes nas mais diversas espécies de labor, exercidas por cidadãos que sofrem suas consequências e, no entanto, não recebem as garantias constitucionalmente devidas em face da falta de regulamentação.

As atividades penosas causam desgaste e levam o empregado à exaustão – física e psicológica – trazendo consequências de grave seriedade para a saúde e vida do obreiro. Como foi demonstrado, é possível que o empregado adoça em decorrência destas atividades que, inclusive, podem até causar depressão, fazendo o obreiro ser dependente de consultas psicoterápicas e remédios psiquiátricos, em alguns casos, por toda a vida.

Enquanto o Poder Legislativo não tomar uma atitude e regulamente de uma vez o adicional de penosidade, é necessário que os próprios trabalhadores, seus advogados, sindicatos e, inclusive, os juízes do trabalho não deixem de procurar e conceder este direito pelos meios legalmente permitidos, que estão disponíveis aos cidadãos para serem utilizados nestas situações de cerceamento de direito pelo Poder Público.

O mandado de injunção figura como método mais eficaz ao trabalhador que, apesar das convenções e acordos coletivos, pratica atividades penosas e não ganha o adicional de penosidade que é seu por direito, uma vez que este é o remédio constitucional que, enfim, abre os olhos do Estado – representado pelo Judiciário – para a injustiça e situação precária que ele, e outros trabalhadores, vivem diariamente.

Apesar da imensa gama de leis brasileiras existentes, muitos brasileiros ainda sofrem pelas falhas da legislação nacional. É necessário sempre entender, buscar, estudar e nunca se conformar com as lacunas existentes para que, enfim, se possa de fato fazer do Brasil um país mais justo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Consolidação das Leis de Trabalho**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO, Hilário Veiga de. **Medicina social e do trabalho**, São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 1997.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1998**, 2. ed., vol. 2, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**, 4. ed., Curitiba: Editora Positivo, 2009.

HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**, 1. ed., Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

MAGANO, Octavio Bueno. **Manual de direito do trabalho: direito tutelar do trabalho**, 2. ed., vol. IV, São Paulo: LTr, 1992.

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

DELGADO, Mauricio Godinho. **Salário teoria e prática**, Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

MEIRELLES, Davi Furtado. **Negociação Coletiva no Local de Trabalho: a experiência dos metalúrgicos do ABC**, São Paulo: LTr, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes e WALD, Arnaldo e MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**, 34. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

ALBUQUERQUE, Flávia. **Estresse atinge 65% dos bancários, segundo pesquisa**. 2011. Disponível em: <<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2011-08-24/estresse-atinge-65-dos-bancarios-segundo-pesquisa>>. Acesso em: 08 jan. 2015.

OLIVEIRA, Cida de. **Cortadores de cana adoecem e morrem por conta de pagamento por produção**. 2013. Disponível em: <<http://www.revistaforum.com.br/blog/2013/02/cortadores-de-cana-adoecem-e-morrem-por-conta-de-pagamento-por-producao/>>. Acesso em: 09 jan. 2015.