

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO I

JACKSON PASSOS SANTOS

LUIZ EDUARDO GUNTHER

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente:

Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito do trabalho e meio ambiente do trabalho I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Jackson Passos Santos; Luiz Eduardo Gunther; Sérgio Henriques Zandona Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-336-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito do trabalho. 3. Meio ambiente. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO I

Apresentação

É com muita satisfação que apresentamos o Grupo de Trabalho e Pesquisa (GT) de Artigos denominado “DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO I” do III Encontro Virtual do CONPEDI (III EVC), com a temática “Saúde e segurança humana para a sustentabilidade e cidadania”, promovido pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), Sociedade Científica do Direito no Brasil, e apoio da UNICURITIBA - Centro Universitário Curitiba, em evento realizado entre os dias 23 e 28 de junho de 2021, de forma telepresencial, com a utilização da Plataforma ConferênciaWeb RNP, tendo em vista o momento mundial de pandemia e isolamento social imposto pelo COVID19.

Trata-se de publicação que reúne artigos de temáticas diversas atinentes ao Direito material e processual do Trabalho, a Reforma Trabalhista e as implicações da pandemia e do COVID19 nas relações laborais, apresentados e discutidos pelos autores e coordenadores no âmbito do Grupo de Trabalho e Linha de pesquisa. Compõe-se de textos doutrinários, advindos de projetos de pesquisa e estudos distintos de vários programas de pós-graduação e graduação, que colocam em evidência para debate da comunidade científica assuntos jurídicos relevantes.

Assim, a coletânea reúne uma gama de artigos que apontam questões jurídicas relevantes na sociedade contemporânea, todos com olhos e vinculados ao Estado Democrático de Direito.

O primeiro artigo teve como título “A (IN)EFETIVIDADE DO ADICIONAL DE PENOSIDADE E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO TRABALHADOR: A PANDEMIA E A NOVA MODALIDADE DE PENOSIDADE DOS PROFISSIONAIS DE SAÚDE INTENSIVISTAS”, das autoras Leda Maria Messias Da Silva e Leticia Mayumi Almeida Takeshita.

O segundo artigo “A AMPLIAÇÃO DO TELETRABALHO E HOME OFFICE EM TEMPOS DE PANDEMIA E SEUS REFLEXOS NA SAÚDE DO TRABALHADOR” da lavra da autora Marcela Pereira Ferreira.

“A FLEXIBILIZAÇÃO DAS RELAÇÕES TRABALHISTAS E A AMPLIAÇÃO DAS DESIGUALDADES DE GÊNERO NO MERCADO INFORMAL DE TRABALHO”, terceiro da coletânea, é o trabalho das autoras Tchoya Gardenal Fina Do Nascimento, Jessica Oliveira Alves e Sarah Jane Barbosa Marçal e Silva.

O quarto texto, com o verbete “A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DAS RELAÇÕES TRABALHISTAS NA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR”, de autoria de Euseli dos Santos.

O quinto texto, da lavra dos autores Jailton Macena De Araújo e Jaime Waine Rodrigues Manguera, é intitulado “A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 14.020/2020: IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO SALARIAL POR ACORDO INDIVIDUAL DE TRABALHO”.

No sexto artigo intitulado “A MANIPULAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA COMO UM FACILITADOR DA REFORMA TRABALHISTA”, de autoria de Ailsy Costa De Oliveira.

O sétimo texto da coletânea, das autoras Andressa Munaro Alves e Bárbara De Cezaro, aprovado com o verbete “A MODALIDADE DE TRABALHO INTERMITENTE: REFLEXÕES SOBRE O VIÉS DO DIREITO COMPARADO”.

“A NECESSIDADE DE REGULAÇÃO DO TRABALHO SOB DEMANDA POR MEIO DE APLICATIVO: ANÁLISE CRÍTICA DO PROJETO DE LEI N. 3.748/2020” é o título do oitavo texto da coletânea, com autoria de Sandra Paula De Souza Mendes e Ana Paula Heimovski.

O nono artigo foi denominado “A VACINAÇÃO NA SOCIEDADE DE RISCO: O CONFLITO ENTRE O DIREITO DE RESISTÊNCIA DO EMPREGADO E O PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR NA PANDEMIA DA COVID-19” pelos autores Luciana Guerra Fogarolli e Paulo Roberto Fogarolli Filho.

No décimo artigo intitulado “ACIDENTE DO TRABALHO NO BRASIL: UM ESTUDO ACERCA DA DICOTOMIA ENTRE A PREVENÇÃO E A REPARAÇÃO”, as autoras foram Vanessa Rocha Ferreira e Fabiana Sabino.

O décimo primeiro artigo com o título “ANÁLISE CRÍTICA DA JUSTA CAUSA APLICADA AO EMPREGADO QUE SE RECUSA A VACINAR CONTRA O VÍRUS DA COVID-19 À LUZ DA HERMENÊUTICA DE HANNAH ARENDT”, dos autores Viviane Toscano Sad e Antônio Carlos Diniz Murta.

O décimo segundo artigo “ARBITRAGEM: REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE A SUA APLICAÇÃO NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS INDIVIDUAIS DO TRABALHO” da lavra dos autores Cleber Lúcio de Almeida, Sanzer Caldas Moutinho e Wânia Guimarães Rabêllo de Almeida.

“CONSIDERAÇÕES SOBRE O TELETRABALHO NO CONTEXTO DA PANDEMIA CAUSADA PELO NOVO CORONAVÍRUS À LUZ DAS NORMAS DE PROTEÇÃO À SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHADOR”, décimo terceiro da coletânea, é o trabalho dos autores Ricardo José Macedo De Britto Pereira e Denise Arantes Santos Vasconcelos.

O décimo quarto texto, com o verbete “CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE: UM ESTUDO ACERCA DA SUA INCONSTITUCIONALIDADE”, de autoria de Samantha Caroline Ferreira Moreira e Rayanne Amorim de Paula.

O décimo quinto texto, da lavra das autoras Ana Paula Sefrin Saladini, Sandra Mara Flügel Assad e Tatiana de Araújo Matos, é intitulado “DO TRABALHO PRESENCIAL PARA O TELETRABALHO: PERSPECTIVAS LEGISLATIVAS”.

No décimo sexto artigo intitulado “IMPACTOS DA COVID-19 NAS RELAÇÕES DE TRABALHO TELETRABALHO UMA NOVA REORGANIZAÇÃO DO TRABALHO”, de autoria de Gil César Costa De Paula e Marjorie Alves Raupp.

O décimo sétimo texto da coletânea, da autora Adrielly Letícia Silva Oliveira, aprovado com o verbete “O COVID-19 E O DIREITO DO TRABALHO: OS MECANISMOS DE CONTROLE DE JORNADA E O ASSÉDIO MORAL NAS RELAÇÕES LABORAIS”.

“O DIREITO DOS PROFESSORES À FIGURAREM NO GRUPO PRIORITÁRIO DE VACINAÇÃO CONTRA A COVID-19” é o título do décimo oitavo texto da coletânea, com autoria de Guilherme Cardoso Antunes da Cunha, Paulo Agne Fayet De Souza e Fernanda Olsieski Pereira.

O décimo nono artigo foi denominado “O REFLEXO DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS E SEMINÁRIO PROMOVIDOS PELA COMISSÃO ESPECIAL DA REFORMA TRABALHISTA NA LEI 13.467/2017” pelos autores Rubens Soares Vellinho e Eder Dion De Paula Costa.

E o vigésimo texto, intitulado “OS IMPACTOS DO TELETRABALHO NA SAÚDE DO TRABALHADOR E O DIREITO À DESCONEXÃO LABORAL”, das autoras Vanessa Rocha Ferreira e Raissa Maria Fernandez Nascimento Aguilera.

O vigésimo primeiro artigo com o título “PANDEMIA E MERCADO DE TRABALHO: O IMPACTO NA VIDA DAS MULHERES”, dos autores Mariana Ostrowski Jaremtchuk e Eder Dion De Paula Costa.

O vigésimo segundo artigo “SERVIÇOS OFERTADOS POR PLATAFORMAS DIGITAIS ÀS MARGENS DO DIREITO DO TRABALHO” da lavra da autora Angela Barbosa Franco.

“TRABALHO DECENTE, ELIMINAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO-DIGITAL: REFLEXÕES A PARTIR DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LEI 13.709/2018)”, vigésimo terceiro da coletânea, é o trabalho das autoras Maria Hemília Fonseca, Ana Carla Bliacheriene e Catharina Lopes Scodro.

O vigésimo quarto texto, com o verbete “TRABALHO POR PLATAFORMA – UM OLHAR ATUAL E PARA O FUTURO”, de autoria de Rachel Barroso Carvas De Carvalho e Leandro Antunes de Oliveira.

O vigésimo quinto texto, da lavra da autora Jeaneth Nunes Stefaniak, é intitulado “UBERIZAÇÃO E PRECARIADO: POSSIBILIDADES E TENDÊNCIAS CONTEMPORÂNEAS”.

No vigésimo sexto artigo, e último, intitulado “UMA ANÁLISE DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA TARIFAÇÃO DOS DANOS MORAIS NA REFORMA TRABALHISTA”, de autoria de Alisson Alves Pinto, Mariel Rodrigues Pelet e Henrique Alves Pinto.

Em linhas gerais, os textos reunidos traduzem discursos interdisciplinares maduros e profícuos. Percebe-se uma preocupação salutar dos autores em combinar o exame dos principais contornos teóricos dos institutos, aliando a visão atual de efetividade na busca por direitos e garantias fundamentais na esfera Trabalhista. A publicação apresentada ao público

possibilita acurada reflexão sobre tópicos avançados e desafiadores do Direito material e processual do Trabalho contemporâneo. Os textos são ainda enriquecidos com investigações legais e doutrinárias da experiência jurídica estrangeira a possibilitar um intercâmbio essencial à busca de soluções para as imperfeições do sistema brasileiro e internacional.

Sem dúvida, esta publicação fornece instrumentos para que pesquisadores e aplicadores do Direito compreendam as múltiplas dimensões que o mundo contemporâneo assume na busca da conjugação da promoção dos interesses individuais e coletivos para a consolidação de uma sociedade dinâmica, multifacetada e de consenso.

Na oportunidade, os Organizadores prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) e, em especial, a todos os autores que participaram da presente coletânea de publicação, com destaque pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos de excelência.

Convida-se a uma leitura prazerosa dos artigos apresentados de forma dinâmica e comprometida com a formação de pensamento crítico, a possibilitar a construção de um Direito voltado à concretização de preceitos insculpidos no Estado Democrático Constitucional de Direito.

02 de julho de 2021.

Professor Dr. Jackson Passos Santos

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP; Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela Universidade Metropolitana de Santos - UNIMES

jackpassos@uol.com.br

Professor Dr. Luiz Eduardo Gunther

Tribunal Regional do Trabalho - 9ª Região

luizgunther@trt9.jus.br

Professor Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas

Coordenador e Docente Permanente do PPGD e do PPGMCult da Universidade FUMEC e do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP)

sergiohzf@fumec.br

**A (IN)EFETIVIDADE DO ADICIONAL DE PENOSIDADE E OS DIREITOS DA
PERSONALIDADE DO TRABALHADOR: A PANDEMIA E A NOVA
MODALIDADE DE PENOSIDADE DOS PROFISSIONAIS DE SAÚDE
INTENSIVISTAS**

**THE (IN)EFFECTIVENESS OF HARDSHIP ADDITIONAL AND PERSONALITY
RIGHTS OF THE WORKER: PANDEMIC AND THE NEW PENOSITY MODE OF
INTENSIVE CARE PROFESSIONALS**

**Leda Maria Messias Da Silva ¹
Leticia Mayumi Almeida Takeshita ²**

Resumo

Analisa-se a (in)efetividade do adicional de penosidade, considerando a ausência de regulamentação infraconstitucional. Via método indutivo, examinam-se atividade penosa, normas de eficácia limitada e direitos da personalidade. Abordam-se os entendimentos sobre atividade penosa e normas de eficácia limitada quanto ao respectivo adicional. Enfatizam-se os direitos da personalidade, especialmente os lesados devido à inexistência de norma regulamentadora do adicional de penosidade. Explana-se a atividade penosa dos profissionais de saúde intensivistas na pandemia de Covid-19. Conclui-se pela importância, independentemente de mecanismos (in)suficientes para colmatar a lacuna, da regulamentação normativa do adicional de penosidade, em prol dos direitos da personalidade dos trabalhadores.

Palavras-chave: Adicional de penosidade, Inefetividade, Direitos da personalidade, Pandemia, Profissionais de saúde intensivistas

Abstract/Resumen/Résumé

It analyses the (in)effectiveness of hardship additional, due to the absence of infra-constitutional regulation. Through inductive method, it examines hardship activities, limited effectiveness norms and personality rights. It addresses the understandings about hardship activity and limited effectiveness norms related to the respective additional. It emphasizes personality rights, specially those injured due to the absence of a regulatory norm for hardship additional. It explains the hardship activity of intensive care professionals in the Covid-19 pandemic. It concludes by the importance, despite (in)sufficient mechanisms to fill the gap, of normative regulation of hardship additional, in favor of the workers' personality rights.

¹ Pós-doutora em Direito, pela Universidade de Lisboa-Portugal; Doutora e Mestre em Direito pela PUC- SP; Bolsista produtividade e pesquisadora do ICETI; Professora do Mestrado e Doutorado da Universidade Unicesumar

² Mestranda em Ciências Jurídicas, pela Universidade Cesumar - UNICESUMAR; pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal, pela Faculdade Maringá; graduação em Direito, pela Universidade Estadual de Maringá

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Hardship additional, Ineffectiveness, Personality rights, Pandemic, Intensive care professionals

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, dispôs-se o adicional de remuneração correspondente à atividade penosa. No entanto, desde então, diferentemente dos adicionais de insalubridade e periculosidade, não houve regulamentação em nível infraconstitucional.

Não se pode olvidar, ainda, que a atividade em apreço é caracterizada pelo intenso desgaste físico e emocional a que é submetido uma miríade de trabalhadores, a exemplo dos profissionais de saúde intensivistas, cortadores de cana de açúcar, dentre outros.

Alude-se, então, ao meio ambiente de trabalho, que deve estar em condições de dignidade, especialmente no que se refere à atividade penosa, que demanda do trabalhador acentuado esforço físico e psíquico.

Nesse sentido, efetua-se discussão a respeito da ausência de previsão infraconstitucional do direito ao adicional de penosidade e sua correspondente (in)efetividade, considerando que não obstante a existência de mecanismos para colmatar a lacuna, tais como a disciplina em mandado de injunção e o estabelecimento de cláusula em acordo ou convenção coletiva, significativa parte dos trabalhadores que exerce atividade penosa não auferem o respectivo adicional.

Com efeito, enfoca-se o debate acerca da (in)efetividade do direito ao recebimento do adicional de penosidade, sobretudo vinculando-se aos direitos da personalidade, considerando a vulnerabilidade do trabalhador em relação ao empregador.

Para tanto, inicia-se com a delimitação do conceito de atividade penosa, distinguindo-se das atividades insalubres e perigosas. Ainda, confere-se relevo ao direito do trabalho, entendido como a reunião dos direitos dos trabalhadores, que consiste em direito social.

Subsequentemente, procede-se, no plano constitucional, à análise das normas de eficácia limitada, e sua vinculação com o adicional de penosidade, que depende da interposição legislativa para a plenitude de seus efeitos.

Outrossim, descreve-se o conceito de direitos da personalidade, efetuando-se correlação com a (in)efetividade do direito ao adicional em questão, e observando-se os preceitos sobre os quais se funda a Constituição Federal, destacando-se o valor social do trabalho e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Por fim, explana-se acerca da atuação dos profissionais de saúde responsáveis pelas unidades de terapia intensiva durante o período da pandemia de Covid-19, demonstrando-se o

enquadramento à atividade penosa, sendo-lhes devido o correspondente adicional de remuneração, salientando-se que este é cumulativo com o adicional de insalubridade.

O presente trabalho utilizar-se-á do método indutivo, obtendo conclusões genéricas a partir de conceitos específicos. Ademais, utilizou-se de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, além da técnica de documentação indireta, por meio de livros específicos e revistas especializadas.

2 DO CONCEITO DE ATIVIDADE PENOSA

De início, cumpre aludir à norma constitucional responsável por instituir o direito ao pagamento do adicional de penosidade ao trabalhador que labore em referidas condições. Trata-se do inciso XXIII, do art. 7º, regido nestes termos: “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei” (BRASIL, 1988).

Desta feita, antes mesmo de trazer a lume o conceito de atividade penosa, cabe distinguir esta das atividades insalubre e perigosa. É que enquanto esta envolve perigo, isto é, risco de vida ao trabalhador, aquela prejudica à sua saúde.

A insalubridade pode ser exemplificada no trabalho que envolve lixo urbano, consubstanciado no Item II da Súmula 448, do Tribunal Superior do Trabalho, compreendendo a higienização de instalações sanitárias de uso público ou coletivo de grande circulação, e a correspondente coleta de lixo¹ (BRASIL, 2014).

Por seu turno, a periculosidade é passível de ser exemplificada por meio dos incisos I e II, do art. 193 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que preconizam, respectivamente inflamáveis, explosivos ou energia elétrica; e, roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial² (BRASIL, 2012).

¹ [...] II – A higienização de instalações sanitárias de uso público ou coletivo de grande circulação, e a respectiva coleta de lixo, por não se equiparar à limpeza em residências e escritórios, enseja o pagamento de adicional de insalubridade em grau máximo, incidindo o disposto no Anexo 14 da NR-15 da Portaria do MTE nº 3.214/78 quanto à coleta e industrialização de lixo urbano (BRASIL, 2014).

² Art. 193. São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a: (Redação dada pela Lei nº 12.740, de 2012) I - inflamáveis, explosivos ou energia elétrica; (Incluído pela Lei nº 12.740, de 2012) II - roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial. (Incluído pela Lei nº 12.740, de 2012) [...] (BRASIL, 2012).

Aliás, outro ponto crucial de distinção entre aludidas atividades e a penosa situa-se na regulamentação infraconstitucional, observada apenas nos casos de insalubridade e periculosidade, a exemplo da Seção XIII: “Das atividades insalubres ou perigosas”, constante da Consolidação das Leis do Trabalho, além de regulamentação por leis diversas, súmulas e orientações jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho.

Além disso, enquanto as atividades e operações insalubres estão disciplinadas na Norma Regulamentadora nº 15, do então Ministério do Trabalho e Emprego, hodiernamente equivalente à Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia, as atividades e operações perigosas constam da Norma Regulamentadora nº 16, do mesmo órgão.

Ademais, o correspondente indenizatório da atividade perigosa consiste em 30% sobre o salário (art. 193, §1º, CLT), ao passo que o adicional de insalubridade varia nos valores de 10%, 20% ou 40% do salário mínimo da região, em consonância com o grau de exposição do trabalhador à insalubridade, se mínimo, médio ou máximo (art. 192, *caput*, CLT). Depreende-se, pois, que tanto a insalubridade quanto a periculosidade encontram-se devidamente descritas e explanadas, por intermédio do arcabouço jurídico que os sustentam (BRASIL, 2012).

A atividade penosa, tema do presente artigo, pode ser descrita como aquela que exorbita os limites físicos e psíquicos do trabalhador. Assim, esclarece Raimundo Simão de Melo (2013, p. 226) o conceito em questão:

Penoso, podemos assim dizer, é o trabalho desgastante para a pessoa humana; é o tipo de trabalho que, por si ou pelas condições em que exercido, expõe o trabalhador a um esforço além do normal para as demais atividades e provoca desgaste acentuado no organismo humano. É o trabalho que, pela natureza das funções ou em razão de fatores ambientais, provoca uma sobrecarga física e/ou psíquica para o trabalhador. É próprio de algumas das atividades do trabalhador rural e também na área urbana.

Como bem pontuado pelo autor, abrange tanto o âmbito urbano quanto o rural, podendo-se citar, o exemplo do médico intensivista, na área urbana, em jornada estressante e em contato com portadores da doença infectocontagiosa como o Covid-19, dentre outras. Na área rural, o cortador de cana de açúcar, que efetua movimentos repetitivos, com instrumentos pesados e debaixo do sol.

De modo a corroborar com o esclarecimento do conceito em apreço, Suzana Prioste (2008, p. 231) elenca inúmeras situações passíveis de enquadramento em atividades penosas:

Podemos entender como fatores de penosidade o grande desgaste físico, mental ou emocional (caso das telefonistas, bancários, operadores de *telemarketing*, operadores da bolsa de valores, motoristas de ônibus urbanos, professores e outros), incluindo o sofrimento psíquico que decorre, em certas atividades, da necessidade de afastamento do convívio social e da família por períodos relativamente longos (como o que acontece com os trabalhadores das distantes plataformas marítimas de extração de petróleo), ou, ainda, exposição a agentes ambientais agressores à saúde (operários das

minas de carvão, trabalhadores das lavouras da cana-de-açúcar e da coleta de lixo, por exemplo).

Não se pode olvidar, ainda, acerca da Lei nº 8.112/1990, que rege o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, que contém disposição, no art. 71, consoante o qual se prevê o adicional de penosidade aos servidores em exercício em zonas de fronteira ou em localidades cujas condições de vida o justifiquem, conforme regulamento³ (BRASIL, 1990).

Desta feita, em breve síntese, repisa-se que a penosidade constitui característica do labor que demanda esforço físico e psíquico do trabalhador em grau assaz acentuado relativamente ao geralmente exigido para o trabalho. Imbuído nessa concepção, portanto, pode ser interpretada a previsão constitucional de adicional remuneratório para tanto, no inciso XXIII, do art. 7º (BRASIL, 1988).

Entretanto, até o momento não se procedeu à regulamentação desse adicional no plano infraconstitucional, consoante expõe Gilberto Stürmer (2014, p. 69): “De todo modo, ainda que não haja regulamentação geral para o adicional de penosidade, é certo que “trabalho penoso”, seja qual for, é mais gravoso e sofrido ao trabalhador”. Destarte, figura-se desarrazoado a inoportunidade da disciplina em questão.

Nesse diapasão, destaca-se o Projeto de Lei nº 3694, de 2019, de autoria do senador Paulo Paim, o qual inclui e modifica dispositivos na CLT, a fim de regulamentar o adicional de penosidade, constante do art. 7º, inc. XXIII, do diploma constitucional. Dentre outros, propõe-se a inserção do art. 197-A⁴, na CLT, em que consta *in fine* a sujeição do trabalhador à fadiga física ou psicológica como definição de atividade penosa (BRASIL, 2019).

Outro dispositivo sugerido consiste no 197-B, que em seu *caput*⁵ condiciona a atividade em comento ao excesso dos limites de tolerância estabelecidos pela Secretaria Especial de Previdência e Trabalho, bem como assegura o correspondente adicional, no mínimo, em 20% da remuneração do empregado (BRASIL, 2019).

³ 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 (BRASIL, 1990).

⁴ Art. 197-A. Consideram-se atividades ou operações penosas, na forma da regulamentação aprovada pela Secretaria Especial de Previdência e Trabalho, ou na forma acordada entre empregados e empregadores, desde que por meio de convenção ou acordo coletivo de trabalho, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, submetem o trabalhador à fadiga física ou psicológica (BRASIL, 2019).

⁵ Art. 197-B. A atividade em condições penosas, acima dos limites de tolerância estabelecidos pela Secretaria Especial de Previdência e Trabalho, assegura a percepção de adicional de, pelo menos, 20% (vinte por cento) da remuneração do empregado [...] (BRASIL, 2019).

Aludido adicional, salienta-se, concernente à atividade penosa consiste em direito do trabalhador, tratando-se, pois, de direito social, eis que consubstanciado no capítulo II, da Constituição Federal “Dos direitos sociais” (BRASIL, 1988).

Com efeito, elucida o eminente jurista José Afonso da Silva (2005, p. 466) no que tange à correlação entre os direitos sociais e o direito do trabalho:

Diz-se que o núcleo central dos direitos sociais é constituído pelo direito do trabalho (conjunto dos direitos dos trabalhadores) e pelo direito de seguridade social. Em torno deles, gravitam outros direitos sociais, como o direito à saúde, o direito de previdência social, o de assistência social, o direito à educação, o direito ao meio ambiente sadio.

Assim sendo, extrai-se que o direito do trabalho, como ponto nevrálgico dos direitos sociais é pressuposto para o exercício de outros direitos, notadamente o atinente à saúde do trabalhador que se submete, no caso, ao trabalho penoso.

Nesse sentido, faz-se crucial mencionar que o meio ambiente do trabalho é componente do meio ambiente genérico, consoante se infere do inciso VIII, do art. 200⁶, da Carta Magna, de modo que não pode estar eivado de condições degradantes (BRASIL, 1988).

Desse modo, constitui dever do empregador fornecer meio ambiente laboral digno, haja vista especialmente o impacto da atividade penosa. É essa a ênfase que deve ser conferida à temática, de proteção ao trabalhador, o que não invalida a importância do correspondente indenizatório na remuneração do empregado. Trata-se de tema a ser aprofundado no próximo capítulo.

3 NORMAS DE EFICÁCIA LIMITADA E O ADICIONAL DE PENOSIDADE

Inicialmente, cabe trazer à baila que as normas constitucionais possuem classificação no que tange à sua eficácia. Esta pode ser plena, contida ou limitada. No primeiro caso, inexistem barreiras para a produção dos efeitos da norma, sendo seus ditames diretamente aplicáveis.

Por outro lado, em sendo a eficácia contida, aduz-se às palavras de George Salomão Leite (2020, p. 66): “Ou seja, a norma constitucional pode ter os seus efeitos contidos por uma legislação que surja para disciplinar o que ela inicialmente já dispõe”. Exemplo a que constantemente efetua-se alusão reside no inciso XIII do art. 5º, no qual simultaneamente em

⁶ Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: [...] VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho (BRASIL, 1988).

que se dispõe, em suma, a liberdade do exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, adianta-se a possibilidade de limitação por norma infraconstitucional⁷ (BRASIL, 1988).

Tratando-se de norma de eficácia limitada, por seu turno, traduz-se que a plenitude de seus efeitos apenas é obtida com regulamentação pelo legislador ordinário. Aliás, é o que facilmente se denota, mediante expressões como “na forma da lei”. É exemplo o objeto do presente trabalho, qual seja, a norma constitucional que prevê o direito ao adicional de remuneração no que se refere a atividades consideradas penosas, constante do art. 7º, XXIII (BRASIL, 1988).

Salutar mencionar a classificação das normas constitucionais quanto à eficácia e aplicabilidade, efetuada pelo jurista José Afonso da Silva (1998, p. 86), qual seja:

- (1) normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral;
- (2) normas de eficácia contida e aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral;
- (3) normas de eficácia limitada: (a) declaratórias de princípios institutivos ou organizativos; (b) declaratórias de princípio programático.

Sob essa perspectiva, é considerada como norma de eficácia limitada declaratória de princípio programático o dispositivo que preconiza o adicional de penosidade. Ainda sobre esse adicional, impende mencionar que a hipótese de sua cumulação com o adicional de insalubridade consiste em possibilidade, conforme se depreende do julgamento do Recurso de Revista 158-19.2015.5.04.0802, no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho:

RECURSO DE REVISTA - PROCESSO SOB VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014 - CUMULAÇÃO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE COM O ADICIONAL DE PENOSIDADE - POSSIBILIDADE. O fato do adicional de penosidade ter origem em ato normativo da empresa reclamada, não constitui obstáculo legal à sua percepção de forma cumulada com o adicional de insalubridade, o qual possui previsão legal. Os arts. 7º, XXIII, da Constituição Federal e 192, caput, da CLT, asseguram a percepção do adicional de insalubridade ao trabalhador que exerce atividades nocivas à saúde. Sendo assim, é inválida a disposição de norma interna que importa renúncia do adicional de insalubridade para os empregados que optaram por receber o adicional de penosidade. A vedação imposta na norma interna à cumulação afigura-se inválida diante do que estabelecem os aludidos dispositivos. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido (BRASIL, 2016).

Desta feita, ressalta-se que os adicionais de insalubridade e penosidade não se confundem, isto é, tendo, este último, sua particularidade. E, por conseguinte, é inclusive permitida a cumulação de ambos.

Aliás, o direito que dispõe o adicional em questão consiste em direito fundamental, tendo em vista que abarcado pelo “Título II: Dos direitos e garantias fundamentais”. Nessa

⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; (BRASIL, 1988).

linha, Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 261) vincula a dimensão programática com o direito fundamental:

Importa notar, portanto, que a assim designada dimensão programática convive com o direito (inclusive subjetivo) fundamental, não sendo nunca demais lembrar que a eficácia é das normas, que, distintas entre si, impõe deveres e/ou atribuem direitos, igualmente diferenciados quando ao seu objeto, destinatários etc.

Portanto, defende-se que a eficácia repousa na normatividade, sendo conciliável a noção programática dos direitos fundamentais. Aliás, insta distinguir a eficácia da efetividade, frisando-se que a primeira traduz-se na produção de efeitos das normas. Lado outro, a efetividade é bem sintetizada por Luís Roberto Barroso (2020, p. 220, grifos do autor):

A efetividade da Constituição há de assentar-se sobre alguns pressupostos indispensáveis. Como foi referido, é preciso que haja, da parte do constituinte, *sensu de realidade*, para que não pretenda normatizar o inalcançável, o que seja materialmente impossível em dado momento e lugar. Ademais, deverá ele atuar com boa *técnica legislativa*, para que seja possível vislumbrar adequadamente as posições em que se investem os indivíduos, assim como os bens jurídicos protegidos e as condutas exigíveis. Em terceiro lugar, impõe-se ao Poder Público *vontade política*, a concreta determinação de tornar realidade os comandos constitucionais. E, por fim, é indispensável o consciente *exercício de cidadania*, mediante a exigência, por via de articulação política e de medidas judiciais, da realização dos valores objetivos e dos direitos subjetivos constitucionais.

Particularmente em relação ao exercício de cidadania, pressuposto para a consecução de direitos subjetivos constitucionais, é que se torna mais visível a relevância da interposição do legislador em nível infraconstitucional. É que no que tange à efetividade, salienta-se que a norma constitucional em apreço não atingiu efetivamente seu objetivo, principalmente quanto aos direitos dos trabalhadores.

Cumpre consignar que diante da inexistência de norma regulamentadora que enseje o exercício de direitos e liberdades constitucionais, é possível o ajuizamento de mandado de injunção, em consonância com o disposto no art. 5º, inc. LXXI, da Constituição Federal⁸ (BRASIL, 1988). No entanto, frisa-se que mesmo após 32 anos da promulgação da Constituição, continua destituído da devida regulamentação em lei o direito ao adicional concernente à atividade penosa.

Outra possibilidade aventada é mediante a celebração de negociação coletiva no sentido de estabelecer, *in casu*, o direito ao pagamento de adicional de penosidade, conforme

⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania; (BRASIL, 1988).

caput do art. 7º, da Constituição Federal⁹, combinado com o *caput* do art. 611-A, da CLT¹⁰ (BRASIL, 1988; BRASIL, 2017).

Impende destacar, nesse sentido, que a negociação coletiva subdivide-se em acordo coletivo de trabalho e convenção coletiva de trabalho. Enquanto o primeiro abrange a negociação entre o sindicato profissional perante a empresa, a segunda compreende os sindicatos de ambos os lados, ou seja, patronal e profissional.

Nessa perspectiva, consoante o retromencionado *caput* do art. 611-A da CLT, no Brasil privilegia-se a negociação coletiva, podendo-se, inclusive, estabelecer direitos e obrigações. No caso em tela, direitos.

Para além dessa consideração, ressalta-se o fato de que a ausência de regulamentação infraconstitucional do adicional de penosidade possibilita aos empregadores economia no que tange à remuneração aos empregados, de forma injusta. Assim, restaria aos trabalhadores esperar pela benevolência de seu empregador na concessão do adicional.

Cabe apontar o entendimento de Bárbara Natália Lages Lobo (2014, p. 130) no sentido da efetividade do direito ao adicional em comento, não obstante a incoerência de sua regulação:

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.

Desse modo, afirma a autora pela constitucionalidade da aplicação e consequente efetividade do direito ao mencionado adicional, por intermédio, por exemplo, da via jurisdicional, com fulcro na Teoria Constitucional contemporânea.

Contudo, quanto o direito ao pagamento do adicional de penosidade, na prática, parcela considerável dos trabalhadores que se enquadram nessa modalidade de atividade não o recebe, e, quando previsto, o é principalmente em acordo ou convenção coletiva, de forma rara, face ao modelo sindical vigente, desprovido de força para a negociação coletiva.

Portanto, falta a força da normatividade para que todos os trabalhadores nessa situação recebam o benefício citado, de modo que se propicie, inclusive, segurança jurídica. Ademais, há de se considerar que a sujeição do trabalhador à atividade penosa, aliada à inexistência do

⁹ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, *além de outros* que visem à melhoria de sua condição social [...] (BRASIL, 1988, grifos nossos).

¹⁰ Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) [...] (BRASIL, 2017).

correspondente pecuniário acarreta na lesão aos direitos da personalidade do empregado. É o tema a ser analisado no próximo capítulo.

4 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A (IN)EFETIVIDADE DO DIREITO AO ADICIONAL DE PENOSIDADE DO TRABALHADOR

Os direitos da personalidade referem-se aos atributos inerentes ao ser humano, ditos como inatos. Nesse sentido, consigna Anderson Schreiber (2014, p. 13): “Os direitos da personalidade consistem em atributos essenciais da pessoa humana, cujo reconhecimento jurídico resulta de uma contínua marcha de conquistas históricas”.

Conforme o art. 11 do Código Civil, constituem, em regra, direitos irrenunciáveis e intransmissíveis, não podendo seu exercício sofrer limitação voluntária¹¹. Aliás, referido texto normativo reservou o capítulo II para tratamento do tema, destacando-se aqui o *caput* do art. 12, em que se dispõe acerca da possibilidade da exigência da cessão a ameaça ou lesão a direito da personalidade, bem como ao direito de se reclamar perdas e danos¹² (BRASIL, 2002).

Salienta-se que referidos direitos recebem amparo constitucional, conforme se verifica do art. 5º, inc. X¹³, destacando-se, à guisa de exemplo, o direito à intimidade e à honra. Carlos Alberto Bittar (2015, p. 43-44), a respeito dos direitos em apreço assevera:

São os direitos que transcendem, pois, o ordenamento jurídico positivo, porque ínsitos à própria natureza do homem, como ente dotado de personalidade. Intimamente ligados à condição humana, para sua proteção jurídica, independentes de relação imediata com o mundo exterior ou outra pessoa, são intangíveis, de *lege lata*, pelo Estado ou pelos particulares.

Observa-se, dessa maneira, o dever de abstenção por parte do Estado e dos particulares no que diz respeito ao exercício dos direitos em questão, possibilitando-se o livre desenvolvimento da personalidade.

Adriano de Cupis (2008, p. 29), por sua vez, confere realce à essencialidade para a pessoa do gozo dos direitos da personalidade:

O meio de qualificação próprio dos direitos da personalidade, pelo qual eles revestem o caráter de proeminência relativamente aos outros direitos subjetivos e de

¹¹ Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária (BRASIL, 2002).

¹² Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei [...] (BRASIL, 2002).

¹³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (BRASIL, 1988).

essencialidade para a pessoa, deriva do seu ponto de referência objetivo, isto é, do seu objeto. Este objeto apresenta, de fato, uma dupla característica: 1) encontra-se em um nexo estreitíssimo com a pessoa a ponto de poder dizer-se orgânico; 2) identifica-se com os bens de maior valor susceptíveis de domínio jurídico.

Nesse ponto, faz-se necessário apontar que a concretização dos direitos da personalidade traduz-se, inclusive, em pressuposto para a perfectibilização do princípio da dignidade da pessoa humana.

No campo laboral, especificamente, vislumbra-se que o artigo 223-C¹⁴, da CLT disciplina alguns direitos da personalidade, a exemplo da saúde e integridade física. Todavia, o rol retromencionado não deve ser entendido de forma exaustiva (BRASIL, 2017).

A fim de corroborar, Leda Maria Messias da Silva e Marice Taques Pereira (2013, p. 49) apontam a aplicabilidade do direito da personalidade à seara laboral:

Constatou-se, enfim, que o direito da personalidade se aplica ao ambiente de trabalho e também na relação trabalhista, tanto quando este o extrapola ou quando se omite e não evita lesões aos direitos de personalidade dos seus empregados com o objetivo de defender o trabalhador do poder diretivo do empregador. A ofensa a esse direito se traduz, em suma, como uma violência aos direitos da personalidade.

Com efeito, os indivíduos que laboram em atividades que se enquadram como penosas têm seus direitos da personalidade lesionados, diante não somente do aspecto desgastante dessa espécie de trabalho, mas também da ausência da devida regulamentação por lei do respectivo adicional em remuneração.

Para Fernanda Borghetti Cantali (2009, p. 104): “Ademais, no plano dos direitos da personalidade, inequívoca é a dependência das normas constitucionais para a garantia de uma tutela protetiva e promocional”. Ora, é por intermédio do efetivo exercício dos direitos da personalidade que se possibilita a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, conforme a Constituição Federal.

Especificamente, alude-se ao direito à saúde, em relação ao qual afirma Elimar Szaniawski (2005, p. 170, grifos do autor):

Contudo possamos reconhecer a categoria como um direito social e assim discipliná-lo legalmente, o *direito à saúde* constitui-se, com muito maior evidência, como um direito especial de personalidade diretamente vinculado ao *direito à qualidade de vida*. A vida, consoante verificamos acima, deve ser vivida com um mínimo de qualidade, e sem saúde esta qualidade de vida desaparece.

¹⁴ Art. 223-C. A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (BRASIL, 2017).

Evidentemente que o cenário hodierno não se revela propício para a qualidade de vida do trabalhador de atividade penosa, principalmente àquele que não auferir o respectivo adicional.

Outro ponto digno de menção atine ao risco de monetização relativo ao adicional de penosidade. Quanto a isso, Maria Auxiliadora da Silva (2005, p. 13) tece considerações, visualizando o pagamento como falsa percepção de justiça:

O pagamento de adicionais traz uma falsa percepção de justiça tanto para o trabalhador quanto para o empregador. O primeiro, ao percebê-lo, tem a impressão de que está usufruindo de um direito, enquanto o segundo ao concedê-lo deixa de implementar as medidas necessárias à melhoria do ambiente do trabalho.

Todavia, há de se realçar que inicialmente prima-se pelo afastamento, ou ao menos redução em níveis mínimos de saúde, do trabalhador do aspecto penoso, e somente após, recorre-se à indenização pecuniária.

Desta feita, ao se defender a devida regulamentação infraconstitucional do adicional em apreço não se está se apartando do dever de o empregador salvaguardar a saúde de seus empregados, mas sim reafirma-se seu dever de proporcionar meio ambiente de trabalho digno.

Cumprir consignar, ainda, que a classe trabalhadora em comparação à classe patronal, encontra-se em desigualdade material. Esta característica, para Daniel Sarmiento (2004, p. 304) enseja a devida tutela de seus direitos fundamentais: “Portanto, a desigualdade material justifica a ampliação da proteção dos direitos fundamentais na esfera privada”, porque “se parte da premissa de que a assimetria de poder prejudica o exercício da autonomia privada das partes mais débeis”.

Outrossim, considerando-se que a atividade penosa, que figura ao lado da insalubre e da perigosa, no art. 7º, XXIII, da Constituição Federal, e diferente destas últimas, não recebe regulamentação infraconstitucional, poder-se-ia, inclusive, aduzir a ofensa ao princípio da isonomia, consubstanciado no *caput* do art. 5º do mesmo diploma¹⁵ (BRASIL, 1988). E, por conseguinte, enquanto as pessoas que laboram expostas a agentes insalubres e perigosos auferem a contrapartida em remuneração, o mesmo não ocorre com os trabalhadores que exercem atividades penosas.

Nesse sentido, é crucial a concretização da dignidade humana, a respeito da qual acentua Luís Roberto Barroso (2014, p. 111):

Tendo isso em mente, a dignidade humana foi aqui caracterizada como um valor fundamental que está na origem dos direitos humanos, assim como um princípio

¹⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] (BRASIL, 1988).

jurídico que 1. Fornece parte do significado nuclear dos direitos fundamentais e 2. Exerce a função de um princípio interpretativo, particularmente na presença de lacunas, ambiguidades e colisões entre os direitos — ou entre direitos e metas coletivas —, bem como no caso de desacordos morais.

Logo, resta indene de dúvidas que o cenário da inexistência de previsão infraconstitucional do adicional relativo à atividade penosa deve ser analisado sob o viés da dignidade humana. Assim, urge sua regulamentação, a fim de propiciar não somente a efetividade do direito fundamental do adicional de penosidade, como também segurança jurídica, para que todos os trabalhadores sujeitos à essa modalidade de atividade recebam o adicional.

Acresça-se, por fim, que o valor social do trabalho e a já mencionada dignidade da pessoa humana, estatuídos, respectivamente, nos incisos III e IV do art. 1º da Constituição Federal¹⁶ (BRASIL, 1988), e, portanto, fundamentos do Estado Democrático de Direito não podem ser desprezados, devendo servir de guia para a regulamentação em lei do adicional em comento.

5 A PANDEMIA DE COVID-19 E A NOVA MODALIDADE DE ATIVIDADE PENOSA: PROFISSIONAIS DE SAÚDE INTENSIVISTAS

É de sabença cursiva que desde o término do ano de 2019 e o início de 2020, surgiram, inicialmente, em Wuhan, na China os primeiros casos de uma enfermidade até então desconhecida, a saber, a Covid-19, causada pelo coronavírus.

Por conta das características de aludida doença, responsável notadamente por afetar o sistema respiratório, alastrou-se em proporções exponenciais, de modo que em 6 de fevereiro de 2020, no Brasil, houve o advento da Lei nº 13.979, que elencou as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (BRASIL, 2020).

Dentre as medidas, com o objetivo de proteger a coletividade, salientam-se o isolamento e a quarentena, conforme o art. 3º e os respectivos incisos I e II¹⁷, destacando-se, portanto, a necessidade de se promover o distanciamento social, com o fito de evitar a propagação da infecção respiratória em apreço (BRASIL, 2020).

¹⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (Vide Lei nº 13.874, de 2019) [...] (BRASIL, 1988).

¹⁷ Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas: (Redação dada pela Lei nº 14.035, de 2020) I - isolamento; II – quarentena [...] (BRASIL, 2020).

Nesse sentido, o trabalho desempenhado pelos profissionais de saúde responsáveis por unidades de terapia intensiva (UTIs), os denominados intensivistas, tais como médicos e enfermeiros, revelou-se ainda mais crucial e demandado, inclusive em razão de significativa parte dos casos evoluir rapidamente para quadros graves, incluindo o óbito.

Destarte, os profissionais, que mesmo antes da pandemia já se deparavam com uma rotina exaustiva, de doze horas de trabalho por trinta e seis de descanso, permeada, não raro, por estresse, cansaço e pressão, tiveram de enfrentar situação excepcional, diante de um vírus para o qual não se possui tratamento efetivo.

Nessa linha, ressalta-se, exemplificativamente, o cenário vivido por médicos do Rio Grande do Sul (ROSO, 2020):

Férias vencidas, acúmulo de horas extras, aumentos de até 50% na carga horária — com a conseqüente limitação do tempo dedicado à esfera pessoal — e transferências temporárias de funcionários pra o front da covid-19 são obstáculos que não podem ser sustentados indefinidamente. A dificuldade de encontrar, no mercado, profissionais com experiência é outro tormento: existem vagas abertas à espera de interessados. (grifo do autor).

Em condições como as descritas acima, o profissional experimenta cansaço físico e mental, inclusive, sofrendo da síndrome de *Burnout*, que representa referido esgotamento do organismo diante, no caso, do contexto da pandemia.

Aliás, alude-se ao levantamento realizado pela PEBMED, *healthtech* de conteúdo para médicos, no período de 26 de junho de 2020 a 06 de julho de 2020, com amostragem nacional, obtendo-se o resultado de prevalência de 78% de *Burnout* entre médicos, enfermeiros e técnicos de enfermagem (MOURA, 2020). Ainda, quanto aos primeiros, ressalta-se que a prevalência de aludida síndrome nos profissionais da linha de frente para o combate do coronavírus é de 83%, contra 71% dos médicos alocados em outros setores.

Acresça-se a isso o medo do profissional em se contaminar com a Covid-19 e de transmiti-la a seus familiares, levando alguns, inclusive, a optar por residir em hotéis, abdicando do convívio familiar.

Dessa forma, é possível concluir pela penosidade da atividade desempenhada pelo profissional intensivista, que se submete a sobrecarga física e emocional, representada, ainda, pela saturação dos leitos dos hospitais, colapso do sistema de saúde e conseqüente sentimento de impotência.

Não se pode olvidar que frequentemente os profissionais que laboram na linha de frente do coronavírus atuam em mais de um hospital, o que acaba por agravar o desgaste físico e psíquico. Ademais, significativa parcela dos profissionais de saúde é componente de grupo

de risco para a doença ou convive com alguém nessa condição, ou seja, de ser mais suscetível à complicação da doença, de modo que o temor pela contaminação se intensifica.

Com efeito, há de se considerar que pelo fato do aspecto penoso da profissão do profissional intensivista, deve este receber o respectivo adicional de penosidade ao seu salário, sem prejuízo do adicional de insalubridade, em razão do próprio local de trabalho, exposto a agentes infecciosos.

Repisa-se, conforme demonstrado anteriormente, que quanto à cumulação dos adicionais de insalubridade e penosidade, esta revela-se possível, consoante, inclusive precedentes do Tribunal Superior do Trabalho.

Evidencia-se, portanto, o enquadramento do plantonista em trabalhador de atividade penosa, sendo-lhe devido o respectivo adicional, diante da pandemia do vírus em apreço, que submeteu referidos profissionais, ainda mais, à pressão, estresse e esgotamento físico e emocional, inclusive à abdicção do convívio familiar.

6 CONCLUSÕES

Ao contrário dos adicionais de insalubridade e periculosidade, o adicional de penosidade não possui regulamentação infraconstitucional, situação esta que desvela o cenário de injustiça em que estão inseridos os trabalhadores que exercem atividades penosas.

Conforme verificado, a norma constitucional que prevê o adicional de penosidade consiste em norma de eficácia limitada, de modo que a plenitude de seus efeitos é alcançada com sua regulamentação pelo legislador, no plano infraconstitucional. No entanto, esta regulamentação não veio depois de mais de trinta anos de concebido aludido direito. Assim, para torná-lo eficaz, poder-se-ia exigí-lo, por exemplo, através de mandado de injunção.

O menoscabo conferido à aludida atividade ocorre não obstante a situação deveras extenuante do que se compreende por trabalho penoso, eis que compreende desgaste físico e emocional.

Salienta-se que apesar de ser possível não somente a previsão, como também a concessão do adicional, a inexistência da devida regulamentação infraconstitucional acarreta verdadeira inefetividade do direito em apreço. É que as hipóteses de previsão são restritas, principalmente aos acordos e convenções coletivas de trabalho, restando, ademais inquestionável que o trabalhador encontra-se à mercê da benevolência do empregador.

Dessa forma, considerável parcela dos trabalhadores que se sujeita ao trabalho em condições penosas encontra-se desamparada no que tange ao respectivo adicional, de modo a se visualizar a falta de segurança jurídica.

Nesse ponto, efetuou-se distinção entre eficácia e efetividade, de modo que enquanto a primeira é referente à produção de efeitos das normas, a última relaciona-se, inclusive, ao exercício da cidadania, constituindo pressuposto para a consecução de direitos subjetivos constitucionais.

Destarte, regulamentar em nível infraconstitucional o adicional à penosidade, direito fundamental e social, apresenta-se como solução para a garantia da efetividade da norma constitucional que o previu, de modo a se assegurar os direitos da personalidade do indivíduo que além de laborar em serviço penoso, não auferir o correspondente em sua remuneração.

Outrossim, a concessão do adicional, frisa-se, não deve ser analisada exclusivamente sob o viés de eventual risco de monetização, eis que se privilegia o afastamento, ou pelo menos, a redução da exposição dos fatores penosos. Ora, conceder correspondente pecuniário não acarreta a extinção do dever, por parte do empregador, de fornecer meio ambiente de trabalho digno.

Nessa linha, destacou-se o contexto da pandemia de coronavírus, que submeteu notadamente profissionais de saúde intensivistas a uma rotina ainda mais exaustiva, com esgotamento físico e mental, além de abdicação do convívio familiar.

Nesse diapasão, vislumbrou-se a configuração da atividade desempenhada por esses trabalhadores como penosa, sendo-lhes devido o respectivo adicional de remuneração, sem prejuízo de cumulação com o adicional de insalubridade, oriundo da condição do local de trabalho, exposto a agentes infecciosos.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Tradução: Humberto Laport de Mello. 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2014. Título original: Here, there, and everywhere: human dignity in contemporary law and in the transnational discourse. ISBN 978-85-7700-639-7.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. rev., aum. e mod. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 out. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, [1943]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 27 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 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. Brasília, DF: Presidência da República, [1990]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em: 4 dez. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 24 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.740, de 8 de dezembro de 2012**. Altera o art. 193 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 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 nº 7.369, de 20 de setembro de 1985. Brasília, DF: Presidência da República, [2012]. Disponível em: <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/1033582/lei-12740-12>. Acesso em: 24 nov. 2020.

BRASIL. **Lei 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/19173773/do1-2017-07-14-lei-no-13-467-de-13-de-julho-de-2017-19173618. Acesso em: 7 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm. Acesso em: 28 fev. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 3694, de 2019**. Acrescenta e altera dispositivos na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) para regulamentar o adicional de penosidade previsto no inciso XXIII do art. 7º da Constituição Federal. Brasília, DF: Senado Federal, [2019]. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7970175&ts=1594035242234&disposition=inline>. Acesso em: 23 nov. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. (7. Turma). **Recurso de Revista nº 158-19.2015.5.04.0802**. Relator: Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 9 de setembro de 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/>. Acesso em: 8 dez. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 448**. Atividade insalubre. Caracterização. Previsão na norma regulamentadora nº 15 da Portaria do Ministério do Trabalho nº 3.214/78. Instalações sanitárias. (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 4 da SBDI-1 com nova redação do item II) – Res. 194/2014, DEJT divulgado em 21, 22 e 23.05.2014. I - Não basta a constatação da insalubridade por meio de laudo pericial para que o empregado tenha direito ao respectivo adicional, sendo necessária a classificação da atividade insalubre na relação oficial elaborada pelo Ministério do Trabalho. II – A higienização de instalações sanitárias de uso público ou coletivo de grande circulação, e a respectiva coleta de lixo, por não se equiparar à limpeza em residências e escritórios, enseja o pagamento de adicional de insalubridade em grau máximo, incidindo o disposto no Anexo 14 da NR-15 da Portaria do MTE nº 3.214/78 quanto à coleta e industrialização de lixo urbano. Brasília, DF: TST, 2014. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html. Acesso em: 9 mar. 2021.

CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradução: Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008.

LEITE, George Salomão. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais**. Brasília: Senado Federal, 2020.

LOBO, Bárbara Natália Lages. Interpretações atuais sobre o adicional de penosidade: o fenômeno da “constitucionalização” e seus reflexos no direito do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 59, n. 90, p. 115-135, jul./dez. 2014.

MELO, Raimundo Simão de. **Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador**: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição. 5. ed. São Paulo: LTr, 2013.

MOURA, Eduardo C. de. Pesquisa: Burnout durante a pandemia. **PEBMED**, 2020. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1iCxAE7dqliz7M6YQe5HAIBoKFaqfGrDu/view>. Acesso em: 08 mar. 2021.

PRIOSTE, Suzana. Dignidade humana e o trabalho penoso = Human dignity and the exhausting work. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 33, p. 221-237, jul./dez. 2008.

ROSO, Larissa. Pesadelos, 250 dias sem folgas, crises de choro: o esgotamento dos profissionais das UTIs para pacientes com covid-19. **GZH Saúde**, 5 dez. 2020. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/saude/noticia/2020/12/pesadelos-250-dias-sem-folgas-criises-de-choro-o-esgotamento-dos-profissionais-das-utis-para-pacientes-com-covid-19-ckiao5t8u006o017wiif1d63f.html>. Acesso em: 28 fev. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Leda Maria Messias da; PEREIRA, Marice Taques. **Docência (in)digna**: o meio ambiente laboral do professor e as consequências em seus direitos da personalidade. São Paulo: LTr, 2013.

SILVA, Maria Auxiliadora da. Consultoria Legislativa. **Adicional de atividades penosas**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2005]. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/areas-da-conle/tema8/2005_10413.pdf. Acesso em: 06 dez. 2020.

STÜRMER, Gilberto. **Direito constitucional do trabalho no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2014.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.