

REFORMA TRABALHISTA, A JURISPRUDÊNCIA DO STF E A PERSISTÊNCIA DA GESTANTE NO TRABALHO INSALUBRE.

Danilo Henrique Nunes¹

Lucas Souza Lehfeld²

Neide Souza Lehfeld³

RESUMO: O presente artigo vai de encontro a uma dúvida ainda vivenciada por muitas mulheres nos dias de hoje, a gestação e a carreira. Tem por objetivo central analisar a constitucionalidade do trabalho da gestante em ambientes insalubres, conforme determinado pela Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/17). O trabalho, baseado na pesquisa bibliográfica e documental, sob o método hipotético-dedutivo, demonstra a proteção constitucional do trabalho, em especial da mulher gestante, como direito fundamental. A flexibilização das normas trabalhistas, decorrentes da Lei n. 13.467/17, compreendida em uma necessária reforma do sistema protetivo do trabalhador, entretanto não pode ser construída sob o manto da livre iniciativa e lucratividade sem observância do trabalho digno e justiça social, conforme preceituam os arts. 1º, III; 6º; 170 e 227 da Constituição Federal. Em que pese a decisão recentíssima do Supremo Tribunal Federal, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.938/DF, quanto art. 394-A da CLT (com redação dada pelo art. 1º da Lei n. 13.467/17), a questão ainda se mostra longe de ser resolvida, em especial quanto à individualização das hipóteses de insalubridade e a inconstitucionalidade da referida Reforma Trabalhista nesta seara.

Palavras-chave: Reforma Trabalhista; Insalubridade; Gestantes; Trabalho.

ABSTRACT: The present article goes against a doubt still experienced by many women today, gestation and career. Its main objective is to analyze the constitutionality of the pregnant woman's work in unhealthy environments, as determined by the Labor Reform (Law 13467/17). The work, based on bibliographical and documentary research, under the hypothetical-deductive method, demonstrates the constitutional protection of work, especially of pregnant women, as a fundamental right. The flexibilization of labor standards, deriving from Law no. 13.467 / 17, included in a necessary reform of the worker's protective system, however, can not be built under the mantle of free enterprise and profitability without observing decent work and social justice, according to the provisions of arts. 1st, 3rd; 6th; 170 and 227 of the Federal Constitution. In spite of the very recent decision of the Federal Supreme Court, in a Direct Action of Unconstitutionality No. 5,938 / DF, regarding art. 394-A of the CLT (with wording given by article 1 of Law 13467/17), the question still remains far from being resolved, especially as regards the individualization of the hypotheses of insalubrity and the unconstitutionality of said Labor Reform in this field.

Key-words: Labor Reform; Unhealthy environment; Pregnant Woman; Work.

¹Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto/SP - Unaerp, programa com conceito 4 no Capes/MEC. Advogado e docente de graduação e de pós-graduação do Centro Universitário da Fundação Educacional de Barretos/SP; do Centro Universitário Estácio em Ribeirão Preto/SP e da Unicesumar - Maringá/PA. Email: dhnunes@hotmail.com

² Professor pós-doutor em Direito pela Universidade de Coimbra, Portugal. Doutor em Direito pela PUC/SP. Professor orientador do programa de Mestrado e Doutorado em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto/SP - Unaerp. Advogado e professor universitário. E-mail: lehfeldrp@gmail.com

³ Professora livre-docente pela Unesp - Franca/SP. Coordenação de Ensino, Graduação e Pesquisa da Universidade de Ribeirão Preto/SP - Unaerp. Advogado e professor universitário. E-mail: mestrado@unaerp.br

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo geral demonstra a evolução do direito do trabalho da mulher e o quanto este sofreu alterações ao longo do tempo, em especial quanto à mulher gestante e suas condições laborais, como em situações de insalubridade. Com a conquista cada vez maior das mulheres em postos de trabalho, o sistema protetivo trabalhista deve passar por uma ampla revisão, no intuito de não só oportunizar a empregabilidade, mas garantir a isonomia de tratamento e as condições dignas de trabalho, em especial quanto à sua condição de mãe, que também merece respeito e, portanto, tutela constitucional e legal.

Ao longo dos anos a mulher vem passando por grandes obstáculos para alcançar seu lugar na sociedade e, conseqüentemente, no mercado de trabalho. No Brasil, com a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) de 1943, as mulheres galgaram na seara normativa atenção especial no ambiente de trabalho, o que foi reproduzido, em sua grande parte, na Constituição Federal de 1988, quanto, principalmente, na igualdade de tratamento em relação aos homens, direitos inerentes à sua condição de mãe (como licença maternidade) e uma jurisdição própria (Justiça do Trabalho). Neste sentido, os direitos sociais fundamentais, além de exigir do Poder Público políticas públicas voltadas para o trabalho digno, também é de observância obrigatória nas relações trabalhistas, em virtude da hipossuficiência do trabalhador frente ao poder econômico dos agentes empresariais. Neste sentido, a proteção à maternidade é um dos direitos mais importantes em relação à mulher, não só pela condição peculiar da criança que está sendo colocada no mundo, mas também da sua necessidade em ter de perto a figura materna. A CLT assim traz diversos dispositivos que garantem a proteção à gestante, dentre eles a proibição de trabalharem em ambientes e/ou atividades insalubres, com a exposição da empregada a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância, o que pode causar complicações ao corpo humano ao longo do tempo.

Porém, com a chegada da Lei 13.467/2017, a chamada Reforma Trabalhista, surgiu a possibilidade de a gestante trabalhar em ambiente insalubre, o que gerou discussão a respeito da sua constitucionalidade, uma vez que tal circunstância poderá proporcionar à mãe problemas à sua saúde, bem como da criança que está sendo gerada. Neste sentido, o artigo tem por objetivo verificar, além do histórico do trabalho da mulher, as modificações trazidas pela Reforma Trabalhista quanto às condições laborais da gestante, em especial

em ambientes insalubres, e a sua constitucionalidade quanto aos princípios constitucionais e direitos sociais fundamentais. Para tal mister, foi utilizada a pesquisa bibliográfica e documental, bem como o método hipotético-dedutivo quanto à análise dos dados obtidos quando do desenvolvimento da investigação científica.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TRABALHO DA MULHER

A inclusão e trajetória da mulher no mercado de trabalho são fruto de uma transformação cultural e histórica. Desde o surgimento da humanidade as relações familiares entre homem e mulher já existiam, onde as mulheres eram criadas e educadas para obedecer e servir os homens, exercendo seu único papel na sociedade, casar e ter filhos (OST, 2009). Com a consolidação do capitalismo no século XIX, o sistema de produção e organização do trabalho feminino teve grande mudança. O período conhecido como Revolução Industrial, em virtude do desenvolvimento tecnológico e intenso crescimento da maquinaria, fez com que boa parte da mão-de-obra dessas fábricas fosse feminina, fazendo com que os homens tivessem sua força de trabalho desvalorizada, já que mulheres e crianças custavam menos (MARTINS, 2018).

Por consequência, as mulheres recebiam baixos salários, eram obrigadas a cumprirem jornadas de 14 a 16 horas por dia, muitas vezes trabalhavam em ambientes e condições prejudiciais à sua saúde e ainda cumpriam ordens que não eram de sua obrigação apenas para não perderem o emprego. Além disto, exerciam praticamente uma nova jornada ao retornar a suas casas, pois tinham que cuidar dos afazeres domésticos e dos filhos. Para elas, à época não havia qualquer tipo de proteção na fase da gestação, ou amamentação (MARTINS, 2018). Na Europa, no fim do século XIX, alguns movimentos feministas passaram a ganhar força. Começaram a almejar maior participação política, jurídica e no mercado de trabalho, já que exerciam os mesmos trabalhos que os homens e recebiam bem menos do que eles. Finalmente as mulheres tinham rompido a barreira da inatividade e passaram a lutar pela igualdade com o sexo masculino (MELLO, 2016). No que diz respeito aos direitos das mulheres, é de extrema importância mencionar que as greves foram um marco fundamental de sua reivindicação. Em 08 de março de 1957, aconteceu em Nova York, por exemplo, a paralisação das operárias de indústrias têxteis por

uma semana, com confronto até mesmo com a polícia. Em 25 de março de 1911, por oportuno, o cenário foi ainda mais impressionante. Uma greve terminou com a morte de 146 pessoas, dentre elas diversas mulheres, por conta de um incêndio na fábrica *Triangle Shirtwaist Company*.

Em 1911, ocorreu um episódio marcante, que ficou conhecido no imaginário feminista como a consagração do Dia da Mulher: em 25 de março, um incêndio teve início na *Triangle Shirtwaist Company*, em Nova York. Localizada nos três últimos andares de um prédio, a fábrica tinha chão e divisórias de madeira e muitos retalhos espalhados, formando um ambiente propício para que as chamas se espalhassem. A maioria dos cerca de 600 trabalhadores conseguiu escapar, descendo pelas escadas ou pelo elevador. Outros 146, porém, morreram. Entre eles, 125 mulheres, que foram queimadas vivas ou se jogaram das janelas. Mais de 100 mil pessoas participaram do funeral coletivo (MANO, 2008, p. 02).

Desta forma, o dia 08 de março ficou conhecido mundialmente como o Dia Internacional da Mulher, por ser marco de grandes acontecimentos e lutas das mulheres por seus direitos. Com o tempo as mulheres e a sociedade foram se conscientizando que a única forma de adquirirem seus direitos seria lutando por eles, conquistando-os pouco a pouco (LENZA, 2013). Para Mauricio Godinho Delgado (2017), o direito do trabalho no Brasil teve seu início com a promulgação da Lei Áurea. Mesmo não sendo de cunho trabalhista, estimulou a fórmula revolucionária de utilização da força de trabalho: a relação de emprego. De 1888 a 1930, considera-se o primeiro período na evolução do Direito do Trabalho brasileiro, sendo o segmento agrícola cafeeiro a principal seara de relações empregatícias, em especial no estado de São Paulo. O segundo período foi marcado pela intensa atividade legislativa e administrativa do Estado, no segmento agroexportador de café, com início em 1930, até 1945. Vale destacar a criação do Ministério do Trabalho em 1930, sendo sua criação um marco histórico muito importante para o desenvolvimento do direito trabalhista pátrio. (DELGADO, 2017).

Quanto à proteção das mulheres pela legislação trabalhista, a chamada Consolidação das Leis Trabalhistas, em 1943, trouxe avanços na edição de normas referentes à mulher trabalhadora, com um capítulo inteiro dedicado às mulheres, na intenção de protegê-las da discriminação e preconceito, além de garantias de condições especiais de trabalho (DELGADO, 2017). Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, instituiu-se uma nova fase para o direito do trabalho no país. Foi conferido às mulheres uma nova posição no âmbito laboral, buscando a eliminação de práticas

discriminatórias contra a mulher no contexto empregatício. Como se observa, no texto constitucional, o princípio da igualdade apresenta-se como um dos fundamentos do Estado Social brasileiro, levando-se em consideração, portanto, a isonomia de tratamento, em que na realidade fática vislumbra-se garantir o devido espaço à mulher trabalhadora. À colação, neste sentido, alguns dispositivos da Constituição que justificam essa proteção:

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:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; [...]

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

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

Independente de sexo, todos devem ser tratados com respeito aos princípios informadores da vida social digna, sendo proibido, portanto, qualquer tipo de discriminação, principalmente no ambiente de trabalho.

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenças arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito (MORAES, 2008, p. 36).

Portanto, conforme demonstrado acima, a finalidade da CF de 1988 ao trazer o Princípio da Igualdade, foi demonstrar que todos os seres humanos são iguais perante a lei, fazendo-se essencial para alcançar o conceito de Justiça.

A GESTANTE E SUA PROTEÇÃO NO ÂMBITO TRABALHISTA

A participação das mulheres no mercado de trabalho contemporâneo é significativa, apesar de ainda sofrerem com a desigualdade de salários e preconceito. Não obstante, na configuração da sociedade brasileira, por exemplo, temos um incremento de famílias cuja as mulheres são o principal pilar de sustento. Porém, um dos fatores que contribui com essa participação está relacionado, inversamente, com a quantidade de filhos, uma vez que em virtude do trabalho, há um repensar sobre a maternidade. (PEREIRA, 2017). Assim, é fundamental que Poder Público e sociedade adotem medidas de proteção às mulheres gestantes, no intuito de possibilitar o exercício da profissão com a maternidade, em um ambiente de trabalho saudável e seguro. Vale ressaltar que a Constituição Federal de 1988 assegura à mulher, em seu art. 6º, exercer sua função biológica quando, mesmo quando de sua inserção no mercado de trabalho, uma série de direitos fundamentais, em especial quanto à proteção da maternidade, à saúde, isonomia quanto à remuneração em igualdade de condições com o homem. (PEREIRA, 2017). A norma constitucional, bem como a legislação trabalhista deixam claro que a maternidade merece um tratamento especial.

De par com isso, qualquer situação que envolva efetivas considerações e medidas de saúde pública (e o período de gestação e recente parto assim se caracterizam) permite tratamento normativo diferenciado, à luz de critério jurídico valorizado pela própria Constituição da República. Note-se, ilustrativamente, a esse respeito, o art. 196 que firma ser a saúde “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos...”; ou o art. 197, que qualifica como de “relevância pública as ações e serviços de saúde [...]”, além de outros dispositivos, como artigos 194, 200, I e 7º, XXII, CF/88 (DELGADO, 2017, p. 911).

Para Paulo Bonavides (2005), os direitos dos filhos exigem do Estado determinadas prestações materiais, portanto é seu dever zelar pela saúde de todos, visando à diminuição dos riscos de doenças ou outros tipos de agravos. Tal cuidado se torna obrigatório, principalmente, no período da gestação, uma vez que é o momento de desenvolvimento do nascituro. A proteção à vida é o direito fundamental mais importante, afirma Alexandre de Moraes (2008), devendo o mesmo ser tutelado desde o momento da concepção. Ressalta-se que, de acordo com artigo 2º do Código Civil, a personalidade civil da pessoa começa a partir do seu nascimento com vida, sendo, porém, desde a concepção tutelado por lei os direitos do nascituro.

Preocupamo-nos com o nascituro por reconhecermos que, mesmo antes do nascimento, o maior valor do ser humano é a vida e, por isso, enfatizamos a necessidade da responsabilidade, por todos os seres humanos, pela sua tutela e proteção e, se assim não for, ficará comprometida a garantia da vida das gerações vindouras (CHAVES, 2000, p. 56).

Desse modo, “a vida é o principal direito do ser humano, cabendo ao Estado preservá-lo desde a sua concepção, sendo que nenhum interesse estatal pode superá-lo” (CHAVES, 2000, p. 57). Não há como garantir tal direito senão com a proteção à maternidade. Desta forma, as garantias previstas no ordenamento jurídico que asseguram à empregada gestante licença-maternidade, salário durante todo esse período e estabilidade no emprego não têm por objetivo conceder privilégios, mas sim garantir saúde e desenvolvimento sadio ao nascituro, o que evidentemente demanda os cuidados da mãe (gestação e amamentação), com segurança econômica decorrente da manutenção do emprego. Neste sentido, no Habeas Corpus n. 143641/SP (Supremo Tribunal Federal), o Instituto Alana (organização em prol do direito e desenvolvimento integral da criança), na qualidade de *amicus curiae*, esclareceu sobre a importância, portanto desse período gestacional para à criança em formação:

É fundamental ter em mente que o período gestacional e o momento do nascimento refletem no desenvolvimento infantil: ‘O embrião ou feto reage não só às condições físicas da mãe, aos seus movimentos psíquicos e emocionais, como também aos estímulos do ambiente externo que a afetam. O cuidado com o bem-estar emocional da mãe repercute no ser que ela está gestando. [...] Quando a mulher grávida recebe apoio emocional e material do parceiro e de outros que lhe são próximos durante todo o processo, seus sentimentos de bem-estar comunicam-se ao embrião e ao feto, favorecendo o desenvolvimento saudável do bebê (SANTOS, Marcos Davi dos et al. Formação em pré-natal, puerpério e amamentação: práticas ampliadas. São Paulo: Fundação Maria Cecília Souto Vidigal, 2014, p. 19). Assim, é importante considerar a relevância da atenção pré-natal e do cuidado com o parto, para além do acompanhamento pediátrico, e entender que violações aos direitos da mulher gestante, parturiente e mãe violam também os direitos de crianças [...].

Nesse contexto, a Lei 13.287/2016, denominada de Reforma Trabalhista, trouxe alterações significativas da CLT, em especial quanto ao capítulo de que trata a proteção do trabalho da mulher, na seção referente à proteção da maternidade. Por exemplo, quanto à proibição das trabalhadoras gestantes e lactantes laborarem em atividades, operações ou locais insalubres.

INSALUBRIDADE E A MULHER GESTANTE E LACTANTE

O art. 189 da CLT preceitua que a insalubridade corresponde às atividades ou operações que expõem o empregado a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente, bem como do tempo de exposição aos seus efeitos (LAPA E KERTZMAN, 2018). Para a insalubridade ser caracterizada, faz-se necessária a cumulação de dois requisitos: i) a exposição do empregado a agentes nocivos à saúde; ii) que essa exposição seja superior aos limites previstos na Norma Regulamentadora nº 15 (NR 15), expedida pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE, 1978). A CLT, em seu art. 192, por sua vez, prevê uma porcentagem a ser paga adicionalmente ao salário do trabalhador exposto a algum tipo de risco acima dos limites de tolerância. Existem três graus/níveis de insalubridade, que podem variar de acordo com a gravidade do agente insalubre ao qual o trabalhador se submete. São eles: grau mínimo, que garante ao empregado um adicional de 10% em seu salário, grau médio, 20%; e grau máximo, 40% (LAPA E KERTZMAN, 2018). Os agentes nocivos dividem-se em físicos, químicos e biológicos. Os primeiros são o ruído, calor, radiações, o frio e a umidade. Já os químicos são as poeiras, gases, vapores, névoas e fumos. E por fim, os biológicos, micro-organismos e as bactérias. Regina Célia Buck (2015) diferencia agentes químicos de agentes biológicos nos seguintes moldes:

[...] os agentes químicos podem ser encontrados nas formas gasosa, líquida e sólida; quando absorvidos pelo nosso organismo, por via respiratória, através da pele ou por ingestão, produzem na maioria dos casos, reações que são chamadas de venenosas ou tóxicas. Como exemplos: poeiras, fumo, neblinas, gases, névoas, vapores etc. Os agentes biológicos são micro-organismos presentes no ambiente de trabalho como bactérias, fungos, vírus, protozoários, bacilos, parasitas, entre outros. São invisíveis ao olho nu, sendo visíveis apenas ao microscópio (p.72).

A perícia é indispensável para caracterização e classificação da insalubridade, devendo ser realizada por médico ou engenheiro do trabalho, registrado no Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), conforme prevê a Súmula 460 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: “Para efeito do adicional de insalubridade, a perícia judicial, em reclamação trabalhista, não dispensa o enquadramento da atividade entre as insalubres, que é ato da competência do Ministério do Trabalho e Previdência Social”. O trabalhador exposto a agentes insalubres sofre danos à sua saúde ao longo do tempo. Desse modo, a empregada

gestante e lactante que trabalha nessas circunstâncias, acaba prejudicando também o bebê em desenvolvimento (PEREIRA, 2017).

A noção de que o organismo materno não protege totalmente o desenvolvimento embrionário de influências ambientais adversas, que prevalece desde a tragédia da talidomida, faz com que mulheres grávidas sejam, via de regra, afastadas de exposições a agentes físicos e químicos potencialmente nocivos no local de trabalho (PAUMGARTTEN, 2013, p. 1486).

Sob essa ótica, importante a análise dos locais exclusivamente insalubres, como os hospitais, em que a alternativa mais sensata seria a gestante cumprir o período gestacional em casa. Porém, esse fato poderia vir a causar preconceito e discriminação no ambiente de trabalho contra a mulher em idade fértil, pois o empregador hesitaria em contratá-la, em virtude dessa condição peculiar, havendo necessidade de contratação de substituto temporário. Desta forma, o efeito do dispositivo legal pode vir a ser contrário ao pretendido inicialmente, prejudicando assim a trabalhadora (PEREIRA, 2017).

A NR 15, em seu Anexo 14, trata da relação das atividades que envolvem agentes biológicos. Neste caso, enquadra o contato com pacientes portadores de doenças infectocontagiosas em dois graus de insalubridade, sendo o que os distingue o local onde ocorre a exposição do trabalhador. Os trabalhos ou operações em contato permanente com pacientes em isolamento por doenças infectocontagiosas e com objetos de uso destes, não previamente esterilizados, são enquadrados em grau máximo de insalubridade. Já os trabalhos ou operações de contato permanente com pacientes ou com material infectocontagioso que ocorram em hospitais, serviços de emergência, enfermarias, ambulatórios, postos de vacinação e outros estabelecimentos destinados aos cuidados da saúde humana, são considerados de grau médio (PEREIRA, 2017).

Sendo assim, mesmo que exista diferença de intensidade de insalubridade nesses locais, isso, por si só, não diminui o risco existente, mesmo porque nem sempre um paciente portador de doença infectocontagiosa é diagnosticado imediatamente (PEREIRA, 2017). Fica claro que o trabalho da gestante em ambientes insalubres poderá afetar não só a sua saúde, mas também a do nascituro, já que será atingido com agentes contaminadores de doença (MELO, 2017). Dessa forma, a Lei nº 13.287/2016 excluiu a possibilidade de a gestante trabalhar em ambiente onde possa existir um agente danoso à sua saúde, o que contribuiu para a proteção do próprio embrião. A referida lei acrescentou à CLT o art. 394-

A, que traz a necessidade de afastamento da empregada gestante ou lactante, enquanto durar a gestação e a lactação, “de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, devendo exercer suas atividades em local salubre”. Fica claro então que a regra proibiu absolutamente o trabalho da empregada gestante em ambiente insalubre (PEREIRA, 2017). Porém, com a chegada da Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017), a trabalhadora gestante passou a ter um tratamento diferenciado no que tange à exposição a agentes nocivos, passando a valer nova redação ao art. 394-A, da CLT:

Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de:

- I - atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação;
- II - atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação;
- III- atividades consideradas insalubres em qualquer grau, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação.

Com a mudança, o legislador passou a permitir que as empregadas gestantes e lactantes trabalhem em locais insalubres, sendo possível o afastamento da seguinte forma: se trabalhar em local insalubre de grau máximo, deve ser afastada de suas funções. Entretanto, se trabalhar em locais considerados de insalubridade de graus médio e mínimo, poderá trabalhar, sendo possível o afastamento somente com atestado emitido por médico de confiança da própria trabalhadora. Ficou nítido a transferência de responsabilidade à gestante e a seu médico, no que tange a necessidade ou não do afastamento, sem levar em conta o desconhecimento do profissional de saúde, que emitirá o atestado, do local de trabalho de suas pacientes, e sobre as normas de segurança do trabalho quanto aos níveis de insalubridade. Cenário que pode tornar temerária a tomada de decisão exclusivamente pelo médico da gestante ou lactante (LAPA; KERTZMAN, 2018).

DA MUDANÇA TRAZIDA PELA REFORMA TRABALHISTA E SUA INCONSTITUCIONALIDADE

Desta maneira, era clara, nos termos da Lei n. 13.287/2016, a proteção da trabalhadora gestante, com a proibição, pelo art. 394-A, enquanto durar a gestação, do trabalho em qualquer atividade, local ou operação insalubres. Porém, a nova redação dada pela Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017) incorre em verdadeiro retrocesso, com a permissão do afastamento da trabalhadora gestante apenas quando exposta a agentes insalubres de grau máximo. De modo que, nos outros níveis de insalubridade, o afastamento ocorrerá apenas se fundamentado por atestado médico emitido por profissional de sua confiança.

Trabalhadoras de baixa renda, por exemplo, poderão não entregar o referido laudo, já que isso pode implicar na perda de seu adicional a título de insalubridade, atitude extremamente prejudicial a gestação, em função dessa liberalidade dada pelo legislador. É nítida a violação direta aos preceitos da Constituição Federal, uma vez que em seu art. 6º assegura aos trabalhadores os direitos sociais fundamentais à saúde e proteção à maternidade. Afronta a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, princípios norteadores, assim como à erradicação da pobreza e desigualdade, que é um dos objetivos principais do Estado, nos termos dos arts. 1º, inciso III e 3º, inciso III da Lei Maior. Vale também destacar a afronta ao art. 170 da Constituição acerca dos fundamentos da atividade econômica, como a valorização do trabalho humano, existência digna e justiça social.

Há também a violação do direito à saúde das gestantes e de seus nascituros e recém-nascidos, resguardados pelo art. 196 da CF/88, que assegura ser dever do Estado garantir à todos o direito a saúde, mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Ou seja, aquele que deveria garantir o direito à saúde, nesse contexto, o está subtraindo. Essa alteração dada pela Reforma Trabalhista também prejudica o direito ao meio ambiente de trabalho equilibrado, nos termos do art. 225 da CF/88. Manifesta, portanto, a inconstitucionalidade da Lei 13.467/2017 quanto à alteração do art. 394-A da CLT, uma vez que exige da própria trabalhadora a providência necessária para que trabalhe ou não em local insalubre, tendo ela mesma que prover da proteção a sua saúde e do nascituro, o qual deveria ser garantido

pelo Estado. Entende-se por grande retrocesso social, segundo Sylvio e Gustavo (2007, p. 336):

[...] diversos direitos sociais previstos na Constituição exigem complementação pela legislação infraconstitucional para adquirem eficácia plena. São direitos sociais contemplados em normas constitucionais de eficácia limitada, que exigem a atuação integradora do legislador ordinário. Alguns desses direitos já foram objeto de regramento na legislação infraconstitucional, com o que o dispositivo constitucional que os contemplava adquiriu sua plena aplicabilidade. É com relação a tais direitos, cuja prescrição constitucional já foi complementada pela legislação ordinária que entra em discussão a aplicação do princípio da proibição do retrocesso social. Segundo os defensores desse princípio, o legislador ordinário, tendo uma vez regulado certo direito social não pode pretender alterar tal regramento de modo a restringir a abrangência anteriormente reconhecida ao direito em questão, ou mesmo revoga-lo da legislação ordinária.

Em relação á vedação ao retrocesso em matérias de direitos humanos, em especial direitos sociais (trabalhistas), Flávia Piovesan também esclarece que:

Da obrigação da progressividade da implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais decorre a chamada cláusula de proibição do retrocesso social, na medida em que é vedado aos Estados retroceder no campo da implementação desses direitos. Vale dizer, a progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais proíbe o retrocesso ou a redução de políticas públicas voltadas à garantia de tais direitos cabendo ao Estado o ônus da prova. Isto é, em face do princípio da inversão do ônus da prova, deve o Estado comprovar que todas as medidas necessárias – utilizando o máximo de recursos disponíveis - têm sido adotadas no sentido de progressivamente implementar os direitos econômicos sociais e culturais enunciados no Pacto (PIOVESAN, 2011, p. 235).

Uma vez conquistado, o direito deve permanecer, buscando-se, pela sociedade, sempre a sua melhoria. É a impossibilidade do retrocesso jurídico. E, a preocupação com a estabilidade do direito, garantia e sua efetivação, evitando-se a sua regressão. Cria-se uma noção mínima de existência e proíbe o retrocesso, fazendo com que o estudo dos direitos sociais ganhe força (SILVA; SILVA, 2017). O princípio da dignidade da pessoa humana, neste sentido, compreende o trabalho digno. Para Sarlet (2012), esse princípio está em permanente reconstrução, tratando-se de uma noção histórico-cultural em permanente transformação quanto ao seu sentido e alcance, trazendo a ideia de que um ambiente laboral de bem-estar é indispensável para uma vida digna, saudável e segura. Acerca disso,

Moraes (2008) alega que as limitações aos direitos fundamentais poderão ser feitas excepcionalmente, pois constitui um invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar. Celso de Mello, em voto proferido no julgamento de Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, sobre o tema, esclarece que:

A noção de mínimo existencial, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revelasse capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação, o direito à segurança e o direito de não sofrer tratamento degradante e indigno quando sob custódia do Estado (BRASIL, 2015, p. 175 - 176).

Evidente a necessidade de uma reforma trabalhista, mas que respeite os direitos sociais conquistados pela humanidade, primordialmente quanto ao trabalho da mulher, em virtude de suas conquistas históricas, e também pela sua condição de mãe. A flexibilização trazida, portanto, do afastamento da mulher gestante ou lactante não condiz com o progresso socioeconômico do trabalho, que embora com roupagem nova em diversas áreas pela tecnologia e inovação, não pode deixar de lado as condições mínimas dignas de trabalho, como saúde, integridade física e qualidade de vida (CAVALCANTI, 1966).

Nesse sentido, recentemente o Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.938/DF, considerou, portanto a alteração do art. 394-A, trazida pela Lei n. 13.467/2017, inconstitucional por entender que a proteção à maternidade e à integral proteção à criança é irrenunciável e não pode ser afastado pelo desconhecimento, impossibilidade ou a própria negligência da gestante ou lactante em apresentar um atestado médico, sob pena de prejudicá-la ou mesmo de trazer danos à saúde do recém-nascido. Acertadamente, a Suprema Corte caracteriza a proteção contra a exposição da gestante e lactante a atividades insalubres como importante direito social instrumental tanto da mulher como da criança, pois são normas de salvaguarda do pleno desenvolvimento do recém-nascido e da segurança da própria mulher em seu ambiente de trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das conquistas da mulher no mercado de trabalho, e da sua condição especial de mãe, fica evidente que a Reforma Trabalhista, quanto a liberalidade atribuída à gestante ou mesmo lactante em trabalhar em ambientes insalubres, vai na contramão dos direitos socioeconômicos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988. Um verdadeiro retrocesso que traz prejuízos à saúde, integridade física e moral, da mulher gestante ou lactante, bem como à vida e seu desenvolvimento de maneira harmônica do recém-nascido. A flexibilidade do direito trabalhista, uma necessidade em função das novas roupagens do trabalho em função das inovações tecnológicas e inovadoras relações de emprego, deve ser protagonizada, no entanto, não apenas baseado no capitalismo neoliberal global, mas também na valorização do trabalho humano, existência digna e justiça social. Os direitos sociais, dentre eles a proteção à maternidade, segurança no emprego e a proteção do mercado de trabalho da mulher, são parâmetros, portanto, à essa nova estruturação das normas trabalhistas, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, ao considerar, portanto, a Lei n. 13.467/2017, quanto ao disposto no art. 394-A, inconstitucional.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.938/Distrito Federal. Relator Ministro Alexandre de Moraes, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/rito-abreviado-stf.pdf>. Acesso em: 06 fev. 2019.

_____. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, 2015, Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 06 fev. 2019.

BUCK, Regina Célia. Cumulatividade dos Adicionais de Insalubridade e Periculosidade. 2 ed. São Paulo: LTR, 2015.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Princípios gerais do direito publico. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.

CHAVES, Benedita Inêz Lopes. A tutela jurídica do nascituro. São Paulo: LTR, 2000.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 16. ed. São Paulo: LTR, 2017.

LAPA, Antonio Neto da; **KERTZMAN**, Ivan. Curso prático de Direito do Trabalho. Salvador: Juspodivm, 2018.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2013.

MANO, Maíra Kubík. Conquistas na luta e no luto. Revista História Viva, março 2008. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/16668205/ii-conquistas-na-luta-eno-luto>. Acesso em: 15 dez. 2018.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 34. ed. Cidade: Saraiva Jur, 2018.

MELLO, Ana Claudia R. Costa D. As mulheres na guerra. Revista Pré, Univesp, São Paulo, nº 61, dez. 2016. Disponível em: <http://pre.univesp.br/as-mulheres-na-guerra#.Wv2B2O4vzIU>. Acesso em: 15 dez. 2018.

MELO, Raimundo Simão de. Reforma erra ao permitir atuação de grávida e lactante em local insalubre. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-21/reflexoes-trabalhistasreforma-erra-permitir-gravida-lactante-local-insalubre>. Acesso em: 07 fev. 2019.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MOTTA, Sylvio; BARCHET Gustavo. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

MTE. MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Norma Regulamentadora 15. Portaria 3.214, de 08 de julho de 1978. Disponível em: <http://trabalho.gov.br/images/Documentos/SST/NR/NR15/NR15-ANEXO15.pdf>. Acesso em: 28 jan.2019.

PAUMGARTTEN, Francisco José Roma. Doenças da reprodução e malformações congênitas relacionadas com o trabalho. 3. ed. São Paulo: Editora Atheneu, 2013.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o direito constitucional internacional. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PEREIRA, Maria da Conceição Maia. Visão crítica do artigo 394-A da CLT: Proibição do trabalho da gestante ou lactante em ambiente insalubre. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – FUMEC, Faculdade De Ciências Humanas, Sociais e Da Saúde, Belo Horizonte, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, Marylad Medeiros da; **SILVA**, Paula Isabel Nobrega Introine. A gestante e o meio ambiente laboral: uma análise da Lei 13.467/17 sob a luz do retrocesso social, 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – UNIPÊ, Centro Universitário de João Pessoa, João Pessoa, 2017.