Revista Multidisciplinar do Nordeste Mineiro, v.10, 2023
ISSN 2178-6925

O TRABALHO DA GESTANTE OU LACTANTE EM AMBIENTE INSALUBRE NA REFORMA TRABALHISTA: AVANÇO OU RETROCESSO?

PREGNANT OR BREASTFEEDING WOMEN WORK IN AN UNHEALTHY ENVIRONMENT IN LABOR REFORM: ADVANCE OR RETROCESS?

Rosália Martins da Rocha

Acadêmica em Direito, Faculdade de Ensino Superior de Linhares, Brasil.

Email: rosaliaroxa@gmail.com

Ozório Vicente Netto

Mestre, Faculdade de Ensino Superior de Linhares, Brasil.

E-mail: ozorio.netto@faceli.edu.br

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo analisar as mudanças decorrentes da Reforma Trabalhista no trabalho das gestantes e lactantes em locais insalubres. Por meio de uma demonstração da evolução legislativa que contempla o direito da mulher empregada, pontuou-se os conceitos de insalubridade e dos princípios pertinentes à proteção à empregada gestante/lactante e como se deu a proteção dessas em relação a trabalhos insalubres na legislação brasileira até a Reforma Trabalhista. A partir desse contexto, analisou-se a ADI 5938, que julgou a (in)constitucionalidade do novo art. 394-A da CLT, com redação dada pela Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), que permitiu o trabalho em local insalubre da gestante em graus médio e mínimo e da lactante em qualquer grau, salvo apresentação de atestado médico que determine o afastamento do trabalho. Ao final do estudo, concluiu-se que a atual redação do artigo 394-A se trata de um retrocesso social, não só pelo fato de que a mulher pode não ter conhecimento da lei e, portanto, a atribuição desse ônus de buscar um atestado para se afastar pode fazer com que muitos casos sejam negligenciados, mas também pelo fato de que a medicina não é uma ciência exata e, nesse ponto, o princípio da precaução deve prevalecer já que a proteção não é só da mulher empregada, mas também daquele que não tem qualquer opção no cenário laboral: o filho.

Palavras-chave: Reforma Trabalhista; Gestantes e lactantes; Insalubridade; ADI 5938.

Abstract

The present work aims to analyze the changes resulting from the Labor Reform in the work of pregnant and lactating women in unhealthy places. Through a demonstration of the legislative evolution that contemplates the right of the employed woman, the concepts of unhealthy conditions and the principles pertinent to the protection of the pregnant/lactating employee were pointed out and how the protection of these in relation to unhealthy work was given in the Brazilian legislation until the Labor Reform. From this context, ADI 5938 was analyzed, which judged the (un)constitutionality of the new art. 394-A of the CLT, as amended by Law 13.467/2017 (Labour Reform), which allowed pregnant women to work in unhealthy conditions in medium and minimum degrees and breastfeeding mothers in any degree, unless a medical certificate is presented that

determines the removal of the work. At the end of the study, it was concluded that the current wording of article 394-A is a social setback, not only because the woman may not be aware of the law and, therefore, the attribution of this burden of seeking a certificate to move away can cause many cases to be neglected, but also because medicine is not an exact science and, at this point, the precautionary principle must prevail since protection is not only for the employed woman, but also for the one who does not have any option in the labor scenario: the son.

Keywords: Labor Reform; Pregnant and lactating women; Unhealthy; ADI 5938.

1. Introdução

O papel da mulher, por muito tempo, sempre esteve limitado à procriação, educação dos filhos, cumprimento dos afazeres domésticos e servidão aos seus companheiros. Com o advento da Revolução Industrial, iniciou-se a inserção das mulheres para o trabalho nas fábricas, porém, recebiam salários inferiores apesar de desempenharem a mesma função que os homens, além de extensas horas de trabalho. Devido à precariedade das condições laborais, trabalhadores reivindicaram direitos e condições dignas de trabalho. Após este período, eclodiram várias legislações trabalhistas protecionistas que visavam a amparar as trabalhadoras.

Por muito tempo as gestantes e lactantes ficaram desprovidas de proteção legal quanto ao trabalho em local insalubre, não havia dispositivo que regulamentasse este tema. Inicial e genericamente, todas as mulheres foram proibidas de trabalhar em ambiente insalubre. Depois, todas passaram a poder trabalhar, sem qualquer distinção. A criação de regra específica só foi alcançada na Consolidação das Leis do Trabalho com a publicação da Lei n.º 13.287/2016, quando se inseriu o artigo 394-A, dando ampla proteção ao assunto.

Com o advento da Reforma Trabalhista, o artigo 394-A foi repaginado e as lactantes e gestantes passaram a poder trabalhar em ambientes insalubres, em alguns casos. Essa nova redação rendeu diversas discussões e, em maio de 2019, o plenário do STF decidiu por julgar procedente a ADI n° 5938 para declarar inconstitucional trecho dos incisos do artigo 394-A da CLT, da Lei n.º 13.467/2017, que colocava a gestante e a lactante em situação de risco. Este trabalho pretende, assim, analisar se a decisão do STF foi acertada ou se seria o caso de uma proteção exagerada.

O tema apresentado justifica-se pelo fato de que a alteração na legislação pode prejudicar, não somente a gestante e lactante, como também a saúde do

bebê, devido aos perigos que o ambiente considerado insalubre pode causar a ambos.

O objetivo geral da pesquisa é apontar as principais mudanças que ocorreram com a reforma trabalhista em relação à gestante e lactante. Os objetivos específicos são: relatar a evolução legislativa do direito do trabalho da mulher em ambientes insalubres, descrever os direitos e garantais da gestante na legislação brasileira, além de realizar um paralelo entre a legislação anterior e atual para, por fim, analisar a decisão do STF diante da ADI n° 5938.

2. A evolução da legislação trabalhista e o surgimento do direito do trabalho da mulher

2.1. Âmbito internacional

Até a Revolução Industrial, a mulher ocupava predominantemente e com exclusividade o ambiente familiar, realizando tarefas domésticas e exercendo o cuidado materno. A partir da Revolução Industrial do século XVIII, a mão de obra feminina passou a ser aproveitada em grande proporção nas indústrias, sendo mais procurada do que a mão de obra masculina. Isso se deu pelo fato de que os salários pagos às mulheres eram menores que a dos homens. O Estado era omisso e permitia tais distinções (NASCIMENTO, 2010). Sobre a exploração do trabalho feminino nesta época também explica Martins (2018, p. 670),

> Os empresários preferiam o trabalho da mulher nas industrias porque elas aceitavam salários inferiores ao dos homens, porém faziam os mesmos serviços que estes. Em razão disso, as mulheres sujeitavam-se a jornadas de 14 a 16 horas por dia, salários baixos, trabalhando em condições prejudiciais à saúde e cumprindo obrigações além das que lhes eram possíveis, só para não perder o emprego. Além de tudo a mulher deveria ainda, cuidar dos afazeres domésticos e dos filhos.

Assim, nessa época não havia nenhum tipo de proteção à mulher seja na fase de gestação ou de lactação. Essas problemáticas impulsionaram o surgimento de leis protecionistas em favor das trabalhadoras.

Martins (2014) explica que em 1802 na Inglaterra foi criada a Lei de Peel, que pretendia dar amparo aos trabalhadores em geral. A jornada foi limitada a 12 horas, de forma que o trabalho não poderia se iniciar antes das 6 horas nem terminar após as 21 horas. Posteriormente, proibiu-se o trabalho noturno. Em

1878, vedou-se que as mulheres empregadas realizassem trabalhos considerados insalubres e perigosos.

A França, por sua vez, de acordo com Jorge Neto e Cavalcante (2010), vetou o trabalho das mulheres em minas e pedreiras. Em 1874, proibiu o trabalho noturno caso fossem menores de 21 anos. Em 1892, houve a limitação da jornada das mulheres em 11 horas. O repouso não remunerado de 8 semanas para mulheres grávidas, com a proibição de carregar objetos pesados foi instituído em 1909. Já no Tratado de Versalhes, assentou-se o princípio da igualdade salarial entre mulheres e homens, o que se acolheu também no Brasil.

Alice Monteiro de Barros (2016) destaca que o trabalho da mulher foi uma das primeiras matérias a ser regulamentada pelos organismos internacionais. Segundo a autora, as convenções da OIT (Organização Internacional do Trabalho), assumiram dois perfis: o primeiro, de caráter tutelar, buscava assistir a mulher durante e após o parto, além de restringir o trabalho em atividades insalubres, perigosas e penosas, incluído o trabalho noturno nas indústrias, em regimes de horas extras e com pesos. O segundo perfil buscava garantir a igualdade de remuneração, oportunidades e tratamento com os homens.

Assim, a OIT realizou várias Convenções relacionadas ao trabalho feminino, porém apenas cinco estão em vigor no Brasil. Dentre elas, encontram-se as Convenções que versam sobre: (nº 89) Trabalho Noturno das Mulheres na Indústria; (nº 100) Igualdade e Remuneração de Homens e Mulheres Trabalhadores por Trabalho de Igual Valor; (nº 103) Amparo à Maternidade; (nº 111) Discriminação em Matéria de Emprego e ocupação; (nº189) Convenção e Recomendação sobre Trabalho Decente para as Trabalhadoras e os Trabalhadores Domésticos (CARVALHO, 2020).

Cumpre destacar que a Convenção n° 103 foi revisada pela de n° 183, de modo a ampliar a extensão normativa da proteção à maternidade das trabalhadoras. Além disso, passou a proporcionar maior proteção à saúde da gestante estabelecendo em 14 semanas a durabilidade da licença da empregada, com possibilidade de prorrogação na hipótese de enfermidade ou complicação em decorrência do parto (BARROS, 2016).

Em 1948, a Declaração Universal de Direitos do Homem abordou regras de não discriminação por motivo de sexo (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948). Em 1979, a Assembleia Geral da ONU aprovou a "Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher", definindo que a discriminação à mulher viola os princípios de igualdade de direitos e respeito à dignidade humana, sendo obstáculo para o aumento do bem-estar da sociedade e da família, além de inibir desenvolvimento das possibilidades das mulheres para prestar serviços a seu país e à humanidade. Esta representa verdadeira "Carta Universal" dos Direitos das Mulheres, ao proibir a discriminação no emprego e profissão e conferindo igualdade de remuneração entre mulheres e homens em trabalhos de igual valor (PIMENTEL, 2022).

Como visto, a preocupação com a saúde da gestante e da lactante é assunto recorrente desde que o Direito do Trabalho passou a ser desenvolvido na Europa, de modo que as leis de proteção às mulheres, diante do contexto e das repercussões negativas à saúde dessas mulheres em específico, preocuparam-se de maneira significativa em afastá-las do trabalho insalubre.

2.1. Âmbito nacional

Assim como ocorreu no continente europeu, no Brasil a evolução legislativa do trabalho da mulher também se preocupou com a situação da gestante e da lactante em locais insalubres.

Sérgio Pinto Martins (2014) cita como a primeira norma que tratava sobre o trabalho da mulher o Decreto nº 21.417-A, de 17 de maio de 1932. Nas palavras do autor, o texto proibia o trabalho da mulher à noite, das 22h às 5h, vedando o carregamento de pesos. Vedava o trabalho da mulher em subterrâneos, em locais insalubres e perigosos, no período de quatro semanas que antecediam o parto e quatro semanas posteriores. Também concedia o período de trinta minutos para a amamentação dos filhos, até os seis meses de vida.

A segunda Constituição do Brasil República foi promulgada em 1934, por Getúlio Vargas, e foi a primeira a tratar sobre direito do trabalho e citar o trabalho da mulher, estabelecendo o salário mínimo, a isonomia salarial, a jornada de trabalho de 8 (oito) horas diárias, a proteção do trabalho das mulheres e dos

menores, as férias remuneradas, a liberdade sindical, dentre outros (MARTINS, 2014). Assim, é importante citar parte do art. 121 da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, para compreender alguns direitos trabalhistas conquistados na época:

> Art. 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.
> § 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador:
> a) proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil;
> b) salário mínimo, capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, às necessidades normais do trabalhador;
> c) trabalho diário não excedente de oito horas, reduzíveis, mas só prorrogáveis nos casos previstos em lei;
> d) proibição de trabalho a menores de 14 anos; de trabalho noturno a menores de 16 e em indústrias insalubres, a menores de 18 anos e a mulheres;
> e) repouso hebdomadário, de preferência aos domingos;
> f) férias anuais remuneradas;
> g) indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa;
> h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte;
> i) regulamentação do exercício de todas as profissões;
> j) reconhecimento das convenções coletivas, de trabalho.
> § 2º - Para o efeito deste artigo, não há distinção entre o trabalho manual e o trabalho intelectual ou técnico, nem entre os profissionais respectivos.
> § 3º - Os serviços de amparo à maternidade e à infância, os referentes ao lar e ao trabalho feminino, assim como a fiscalização e a orientação respectivas, serão incumbidos de preferência a mulheres habilitadas. (BRASIL, 1934)

A Constituição de 1937 acrescentava o direito à assistência médica à gestante pela empresa tomadora do serviço. Embora tenha tido um avanço na Constituição, alguns direitos foram retirados do seu texto como: a garantia de serviço à gestante e o tratamento de igualdade estabelecido anteriormente em relação ao salário. Em relação à concessão da licença-maternidade, essa limitava-se a manter a licença somente sem prejuízo do salário, o que permitia a dispensa da empregada gestante e lactante (BARROS, 2016).

Em 1943, a Consolidação das Leis Trabalhistas-CLT estabeleceu regras que visavam à proteção da mulher e condições mais dignas de trabalho. Inegavelmente, um avanço muito importante para a conquista dos direitos

femininos, que inclusive é utilizada como instrumento legislativo até os dias atuais (DELGADO, 2014).

Já a Constituição de 1946, em seu art. 157, II, proibiu a diferença de salário por motivo de sexo. No inciso IX desse mesmo artigo, vedava o trabalho da mulher em indústrias insalubres. No inciso X, proporcionou o descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego e do salário. No inciso XIV, assegurava a assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica à gestante. Por fim, o inciso XVI previa a previdência em favor da maternidade. Esta Constituição assegurou o princípio da isonomia com mais efetividade, proibindo a diferença salarial para o mesmo trabalho baseada em cor, sexo, idade, estado civil ou nacionalidade, (BARROS, 2016).

Segundo Nascimento (2014), a Constituição de 1967 previu as garantias já constantes nos textos anteriores, contudo, incluiu o direito da mulher à aposentadoria aos 30 anos de trabalho, com salário integral.

A Constituição de 1988, denominada “Constituição Cidadã”, reformulou as regras jurídicas e trouxe algumas novidades, entre elas a proibição de discriminação em relação a sexo (art. 3º, IV; art. 5º, I), e os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal, que passaram a ser exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. A carta Magna fez da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa verdadeiros fundamentos da República Federativa do Brasil. Preconizou que homens e mulheres têm direitos e deveres iguais. E, quanto ao último preceito, ao contrário do que previam as constituições anteriores, não proíbe a mulher de trabalhar em ambientes insalubres. Ainda sobre essa Constituição, Barros (2016, p. 61) destaca:

> A licença maternidade foi alongada de 84 para 120 dias, e introduziu-se a licença paternidade (inciso XIX) de cinco dias (art.10, §1º, do ADCT). O objetivo foi tornar o pai cada vez mais responsável pelo cuidado com os filhos e com a companheira.

A novidade de não proibição das atividades em ambientes insalubres apenas por ser mulher não significou, no entanto, que a ideia era que as mulheres tivessem que trabalhar nesses ambientes quando grávidas ou lactantes. E foi por isso que a lei 13.287, de 11/05/2016, acrescentou o artigo 394-A à CLT, cujo texto

determinava o afastamento de assalariadas gestantes ou lactantes de qualquer atividade, operação ou local insalubre.

Por fim, em 2017, em uma reviravolta legislativa, publicou-se a Lei da Reforma Trabalhista (n° 13.467) com a inclusão do dispositivo aqui estudado, o art. 394-A da CLT, que permitiu o trabalho insalubre, ainda que com certas exigências, para gestantes e lactantes pela primeira vez na história de maneira expressa (Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017).

3. Insalubridade

Segundo Saliba (2002, p.11) "A palavra insalubridade vem do latim e significa tudo aquilo que origina doença, e a insalubridade é a qualidade de insalubre". Em linhas doutrinárias, o escritor Sergio Pinto Martins (2018, p.123) explica que atividade insalubre é:

> o elemento prejudicial à saúde, que dá causa a doença. O prejuízo é causado diariamente à saúde do trabalhador. A insalubridade causa doenças. Pode haver inoculação, contaminação, transmissão de doenças ou moléstia. A insalubridade está ligada à higiene e medicina. Diz respeito à Medicina do Trabalho.

A insalubridade, de acordo com a CLT, em seu art. 189, corresponde às atividades ou operações que expõem o empregado a agente nocivo à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente, bem como do tempo de exposição dos seus efeitos (LAPA; KERTZMAN, 2018).

Na lei, as condições insalubres são graduadas por grau mínimo, médio e máximo, levando em consideração o tipo de atividade exercida pelo trabalhador, bem como limites de tolerância, tempo de exposição e taxa metabólica. No art. 189 da CLT prevê-se o adicional por insalubridade, parcela do salário destinada a compensar o trabalho realizado em condições sujeitas a agressões físicas, tais como: ruído excessivo, químico (compostos de carbono) ou biológico (hospitalar) que podem ser nocivos à saúde do trabalhador.

Segundo a CLT:

> Art. 190 - O Ministério do Trabalho aprovará o quadro das atividades e operações insalubres e adotará normas sobre os critérios de caracterização da insalubridade, os limites de tolerância aos agentes agressivos, meios de proteção e o tempo máximo de exposição do empregado a esses agentes. (BRASIL, 1943).

Conforme disposto no artigo citado, cabe ao Ministério do Trabalho e Previdência aprovar o quadro de atividades e operações consideradas insalubres, bem como os requisitos e limites de tolerância para caracterização da insalubridade para cada um dos agentes nocivos. Como dito, normas como a Norma Regulamentadora 15 do MTE disciplinam de forma taxativa, quais agentes químicos, físicos ou biológicos serão considerados para o aferimento do cálculo do adicional, e a que proporção esses agentes devem estar prejudicando o trabalhador para que seja considerado insalubre o ambiente de trabalho.

Para reduzir os riscos e prejuízos causados pelos agentes insalubres, o empregador deve adotar medidas que diminuam, ou até mesmo coloquem fim aos riscos trazidos por esses agentes. Os equipamentos de proteção individual e os de proteção coletiva (EPI e EPC), são medidas necessárias a serem adotadas pelos empregadores. Porém, o simples fornecimento de EPI e EPC, não isenta o empregador da responsabilidade dos danos, já que esse deve comprovar a eficácia de tais equipamentos e adotar medidas que obriguem os empregados a os utilizarem. Além disso, cabe ao empregador realizar um laudo técnico que deve provar a eficácia à redução da agressividade dos agentes ou o combate da insalubridade conforme elucida o artigo 191, incisos I e II da CLT.

Esse ponto é muito importante neste estudo, já que a necessidade de se reduzirem riscos ou até eliminá-los sempre que possível, conflita, de certa maneira, com o alargamento expresso de possibilidades trazidas por mera opção legislativa de alargamento desses efeitos, ainda mais em se tratando de gestantes e lactantes que, além do próprio corpo, colocam em risco a saúde dos filhos. Para analisar a forma de resolver essa dicotomia, é importante estudar alguns princípios que lhe são inerentes.

4. Princípios

Nas palavras de Rodriguez (2000), os princípios são diretrizes que informam algumas normas e inspiram uma série de soluções, podendo servir para

orientar a produção de novas legislações, interpretar as existentes e resolver casos não previstos. Assim, princípio traduz, de maneira geral, a noção de proposições fundamentais que se formam na sociedade, a partir de certa realidade, e que, após formadas, podem facilitar a compreensão, e até mudanças dessa realidade.

4.1. Do princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana está positivado no art. 1º, inciso III, Constituição Federal. Conforme Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p.62),

> Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais serão seres humanos.

Este princípio é o mais importante do ordenamento, pois todo o trabalhador (a), antes de tudo é uma pessoa humana e as regras trabalhistas que visam ao equilíbrio do estado de subordinação a que fica submetido o empregado diante de seu empregador devem observar a dignidade do trabalhador (BEZERRA, 2018).

Portanto, no que se refere à proteção do trabalho da gestante/lactante, é importante sopesar, em que medida, a alteração legal estaria de acordo com esse princípio, especialmente ao se levar em consideração que a consequência de sua implementação soa mais como uma situação de imposição de risco à saúde do que de melhoria para a trabalhadora.

4.2. Da proteção à maternidade

Outro princípio importante para o tema em estudo é o da proteção à maternidade, à gestante, ao nascituro e ao recém-nascido que está previsto nos arts. 6º, 7º, XXXIII, Constituição Federal, *in verbis:*

> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.
> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; [...] XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (BRASIL, 1988).

A destinação das normas que protegem a maternidade é fundamental. Sob o ângulo da mulher, por um lado protege sua saúde, enquanto por outro atende a um importante objetivo social, que é a defesa da família e da maternidade, pois a mulher gera dentro de si uma nova vida durante nove meses, com diversas alterações em seu corpo; e sob o ponto de vista da criança, os primeiros meses de vida já fora do útero da mãe visam à adequação e sua introdução na vida social, além de estabelecer as condições mínimas para a sua sobrevivência (CARVALHO, 1991, p. 275).

Nesse sentido, é importante analisar em que medida a permissão do trabalho insalubre viola, ou não, essa dupla proteção.

4.3. Da vedação do retrocesso social

Outro princípio constitucional importante na seara trabalhista é o Princípio da Vedação ao Retrocesso Social. Segundo Melo esse pode ser definido como:

> O princípio da vedação ao retrocesso é uma garantia constitucional implícita, decorrente do denominado bloco de constitucionalidade, tendo sua matriz axiológica nos princípios da segurança jurídica, da máxima efetividade dos direitos constitucionais e da dignidade da pessoa humana, mas se constitui em um princípio autônomo, com carga valorativa eficiente própria. Tal princípio alude a ideia de que o Estado, após ter implementado um direito fundamental, não pode retroceder, ou seja, não pode praticar algum ato que vulnere um direito que estava passível de fruição, sem que haja uma medida compensatória efetiva correspondente" (MELO, 2010, p. 65).

Pelo exposto, é possível verificar que o princípio da vedação ao retrocesso está inteiramente ligado ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, pois se manifesta de modo a impedir o legislador de diminuir o direito social já adquirido. O retrocesso é perigoso, como bem ilustra Canotilho (2000, p. 469):

> Desta forma, a diminuição de direitos adquiridos pelo legislador, configura violação ao princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural. Destarte, o reconhecimento dessa proteção é um limite jurídico a atividade do legislador, que deverá agir de forma a continuar garantindo os direitos já concretizados.

Assim, a vedação ao retrocesso social se mostra infinitamente necessária para a manutenção dos direitos sociais já sedimentados, pois é uma forma de proteção humanística ao trabalhador, no intuito de preservar sua dignidade contra a exploração da atividade econômica.

Como visto nos capítulos iniciais, a proteção do trabalho da mulher evoluiu de maneira lenta e gradual, de modo que cada conquista levou anos para ser implementada. Logo, a permissão do trabalho insalubre a gestantes ou lactantes pode ser encarada como um retrocesso, na medida em que se comprovar que se trata de uma perda de direito de proteção da sua saúde.

4.4. Do Valor Social do Trabalho

O princípio do Valor Social do Trabalho está positivado no art. 1º, inciso III, Constituição Federal, sobre a importância deste, explana Wandelli (2009, p. 399)

> […] cuida-se de um direito à possibilidade de vida pelo trabalho. É, nesse sentido, um direito que interpela, desde as necessidades dos sujeitos, pela dimensão radical do trabalho como necessidade humana, toda a ordem societária vigente, impulsionando não só ao contínuo aprimoramento de suas instituições, mas também à sua profunda transformação.

Dessa forma, o valor social do trabalho deve garantir a possibilidade de cada pessoa alcançar um labor que lhe permita usufruir socialmente e economicamente dos benefícios dele decorrentes, tais como o acesso à renda, à inclusão econômica, à inserção social e à dignidade enquanto sujeito produtivo, importante para a sociedade.

Nesse sentido, deve-se analisar, ainda, se a alteração legislativa corresponde, ou não, a uma tentativa de evitar discriminação na contratação da gestante ou da lactante, da mulher como um todo, ou se realmente há uma regra leonina que ferirá sua saúde e a colocará numa situação indigna capaz de força-la a ter que sair do emprego para proteger a si e ao filho.

5. O trabalho insalubre da gestante ou lactante antes da reforma trabalhista

Durante muito tempo prevaleceu a ideia de que as mulheres não poderiam ser titulares de uma gama de direitos. Tal pensamento que pode ser chamado de “preconceito”, fez as mulheres lutarem e irem atrás de seus direitos, buscando e reivindicando melhores condições, em todos os sentidos, para conseguirem condições dignas de vida e de trabalho, além da igualdade de gênero. Tais movimentos contribuíram para a efetivação dos direitos fundamentais atualmente consagrados (CASTILHO, 2011).

Conforme dito anteriormente, o direito de proteção à maternidade está disposto no artigo 6º da Constituição Federal de 1988. Essa é uma grande conquista para as mulheres, fruto de muita luta para que fossem reconhecidas as suas necessidades, em uma realidade em que precisam trabalhar para garantir o seu sustento e também o de sua família, embora infelizmente ainda sejam oprimidas, inferiorizadas. Nesse sentido, Moraes (2020, p. 447) pontua que:

> [...] tanto a proteção contra dispensa arbitrária da gestante, quanto a proteção da mulher grávida ou da lactante em relação ao trabalho insalubre caracterizam-se como importantes direitos sociais instrumentais protetivos tanto da mulher, ao assegurar-lhe o gozo de outros preceitos constitucionais –licença maternidade remunerada, princípio da paternidade responsável –; quando da criança, pois a *ratio* da norma não só é salvaguardar outros direitos sociais da mulher – como, por exemplo, o pleno gozo do direito a licença maternidade – mas também, efetivar a integral proteção ao recém-nascido, possibilitando sua convivência integral com a mãe, nos primeiros meses de vida, de maneira harmônica e segura [...]

Assim, pode-se observar a relevância da proteção à gestante ou lactante que na verdade é dupla, pois recai também sobre a criança, contribuindo para o seu bom desenvolvimento e qualidade de vida.

Observando os princípios constitucionais de igualdade previstos nos artigos 5º, inciso I, e artigo 7º, incisos XX e XXX, da Constituição Federal, a CLT destinou em seu texto uma seção a legislar sobre a proteção à maternidade. Como dito, antes da reforma trabalhista, era previsto no artigo 394-A a proibição do trabalho em condições insalubres por mulheres gestantes ou aquelas que estariam em período de amamentação, veja-se a antiga redação:

> Art. 394-A. A empregada gestante ou lactante será afastada, enquanto durar a gestação e a lactação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, devendo exercer suas atividades em local salubre (BRASIL, 1943).

A positivação desse direito objetivou proteger à saúde da mãe, do nascituro e da criança, para que a trabalhadora não tivesse a sua saúde e, de modo consequente, a de seu filho, prejudicada em decorrência da insalubridade do local de trabalho. A inclusão do artigo foi pautada em alguns princípios basilares constitucionais, como por exemplo, o princípio de proteção aos direitos sociais, que está contido nas garantias fundamentais e versa sobre direitos indisponíveis para que não sejam violados, como apontados no tópico anterior.

Assim, a mulher não necessitava apresentar qualquer atestado médico que garantisse que sua permanência no local de trabalho insalubre traria riscos para ela e para o feto. O afastamento era automático pela presunção de que qualquer ambiente insalubre por si só traria o contato direto com agentes físicos, químicos e biológicos que podem causar os mais diversos riscos.

5.1. O trabalho insalubre pela gestante ou lactante após a reforma trabalhista

A Lei nº 13.467/2017, intitulada de Reforma Trabalhista, teve sua origem no Projeto de Lei (PL) 6.787, que foi apresentado à Câmara dos Deputados pelo Poder Executivo em dezembro de 2016. O Projeto de Lei foi proposto pelo Ministro do Trabalho Ronaldo Nogueira, que pertencia ao governo do então presidente Michel Temer.

A lei nº 13.467/2017 promoveu nova redação para o art. 394-A da CLT, alterando o caput e inserindo os incisos I, II e III, além dos §2º e §3º. Quanto ao §1º, foi renumerado do antigo parágrafo único, mas manteve-se vetado desde a sua origem (Lei nº 13.287, de 11/05/2016 - parágrafo único do art. 394-A vetado pela Presidência da República) efetuou significativas modificações para o referido artigo, como explicitado abaixo:

> 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.
> § 1º .....
> § 2º Cabe à empresa pagar o adicional de insalubridade à gestante ou à lactante, efetivando-se a compensação, observado o disposto no art. 248 da Constituição Federal, por ocasião do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço.
> § 3º Quando não for possível que a gestante ou a lactante afastada nos termos do caput deste artigo exerça suas atividades em local salubre na empresa, a hipótese será considerada como gravidez de risco e ensejará a percepção de salário-maternidade, nos termos da Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991, durante todo o período de afastamento." (BRASIL, 1943; 2017).

Segundo a exposição de motivos da emenda nº 00023/2017 MTB, a alteração ocorreu, para evitar situações de discriminação da mulher em locais com atividades insalubres, o que poderia afetar a sua empregabilidade, principalmente às mulheres em idade reprodutiva. Dessa forma, seriam alcançados os objetivos de garantia da saúde da mulher e a sua empregabilidade, principalmente em atividades ligadas à área de saúde.

Em contraponto, sobre esta alteração escreveu Bezerra (2023, p. 1009):

> Como se vê, esse novel art. 394-A e seus parágrafos da CLT revelam dupla discriminação inconcebível no Estado Democrático de Direito: uma contra a mulher gestante ou lactante; outra contra o nascituro ou a criança. Ora, as normas de proteção ao trabalho da mulher são normas de ordem pública que visam, sobretudo, à igualdade material, de modo que a regra em apreço se mostra em conflito com os princípios da vedação à discriminação e ao preconceito (CF, art. 3º, IV), da redução das desigualdades sociais (CF, art. 3º, III), da progressividade e da vedação do retrocesso (CF, art. 7º) etc. Além disso, viola o art. 227 da CF, na medida em que olvida o dever do Estado, da Família e da Sociedade para assegurar, com absoluta prioridade, os direitos fundamentais das crianças, dentre eles o direito à vida, à saúde, à dignidade, ao respeito etc.

Assim, conforme alteração da Reforma Trabalhista, a mulher gestante e/ou lactante ficou obrigada a trabalhar em ambientes insalubres nos graus mínimos e médio, a menos que apresente um laudo médico que comprove riscos à sua saúde. Sobre isso, Raimundo Simão de Melo (2017), procurador regional do trabalho aposentado, afirma que com a reforma trabalhista essa responsabilidade foi repassada ao médico de confiança da gestante, contudo, pode acontecer que

esse médico não possua conhecimento técnico sobre ambiente de trabalho e as normas de segurança do trabalho para atestar níveis de insalubridade no ambiente em que a gestante e lactante labora, sendo arriscado deixar essa responsabilidade somente a ele.

Além disso, não se sabe como aconteceria o acesso da mulher a esse médico, se isto seria por meio do SUS, do plano de saúde ou de forma particular. Ainda, se isso não poderia gerar um impulso discriminatório e a preferência pela contratação de empregados do sexo masculino, por exemplo. Por fim, se o profissional da saúde assumiria os riscos de ser penalizado penal e civilmente caso algum incidente se verifique futuramente (MELO, 2017).

Como já mencionado, a regulação do trabalho da gestante e lactante em local insalubre é feita com base na distinção entre graus máximo, médio e mínimo de insalubridade, que não apenas tem uma aplicabilidade mais complexa do que pode parecer, como ainda estão calcados em uma separação escalonada que pode, ou não, condizer com a realidade.

O art. 394-A condicionou o afastamento da gestante de locais com insalubridade de grau mínimo e médio e da lactante de qualquer ambiente insalubre ao atestado do médico, ignorando os riscos de outros agentes à saúde da mãe e da criança. Como por exemplo, os riscos que derivam de esforços físicos prolongados e da exposição a vibrações (grau médio) e exposição à ruídos. Sobre o ruído ocupacional, a *American Conference of Governmental Industrial Higyenists* – cujos parâmetros são aplicáveis ao Brasil por força do item 9.3.5.1 da NR 9 – aponta evidências de que a exposição da barriga da mãe a ruído contínuo a partir de 115 dB, ou a ruídos com picos superiores a 155 dB, pode causar perda auditiva no feto (ACGIH, 2011, p. 129 *apud* SILVA; VIEIRA, 2019, p. 73). Aplicando-se a legislação, essa mãe, se utilizasse EPI que elimina o ruído, possivelmente teria dificuldades em demonstrar ao empregador os riscos à formação do bebê, de modo que o afastamento condicionado do art. 394-A, inciso II da CLT não seria assegurado, muito menos a proteção da saúde dessa criança (SILVA; VIEIRA, 2019, p. 73).

Também é importante mencionar a questão do pagamento do adicional de insalubridade para as mulheres afastadas, o art. 394-A previa que fosse mantido mesmo em caso de retirada da gestante da operação.

Ao isentar os empregadores da manutenção desse pagamento, a previsão deslocou o ônus para o orçamento público, em um esforço honroso para não causar prejuízo financeiro aos trabalhadores, nem causar discriminação na contratação. Assim, a solução foi explicitada no § 2º: a empresa paga o prêmio da gestante ou lactante e, havendo compensação no recolhimento das contribuições previdenciárias, transfere o ônus para a Previdência Social. Além disso, o § 3º estipula que, nos casos em que não seja possível mobilizar as trabalhadoras para o exercício das atividades em ambiente salubre da empresa, pode-se prever o pagamento do salário-maternidade para que a gestante continue recebendo durante o período de afastamento (BRASIL, 1943).

Como se não bastasse, o artigo 611-A permite a negociar os enquadramentos de insalubridade, tal flexibilização permitiria que gestantes pudessem laborar em ambientes que antes eram considerados como de grau máximo, e agora, autorizadas pela Reforma, poderiam ir para outra categoria menor (SAMPAIO, 2019). Nesse sentido, o enunciado n° 50 da 2° Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho prevê:

> Enunciado nº 50 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho. Trabalhadora gestante e lactante. Art. 394-A da CLT A autorização legal permitindo o trabalho da gestante e lactante em ambiente insalubre é inconstitucional e inconvencional porque violadora da dignidade humana, do direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho, da proteção integral ao nascituro e à criança e do direito social à saúde. Ademais, o meio ambiente do trabalho saudável é direito fundamental garantido pela Constituição da República, revestido de indisponibilidade absoluta. Incidência dos arts. 1º III; 6º; 7º, XXII; 196; 200; 201 II; 203 I; 225; 226 e 227 da Constituição Federal; Convenção 103 e 183 da OIT; arts. 25 I e II da DUDH (BRASIL, 2017).

Isso significa que tal ato expõe a gestante a laborar em grau máximo de insalubridade que por ventura venham a ser categorizados como médio ou mínimo em negociações coletivas de trabalho, o que pode colocar em risco a saúde da mulher e do feto. Mesmo assim, isso não exclui o fato de que o

afastamento poderá ainda ocorrer em caso de necessidade declarada em atestado médico.

5.2. Medida Provisória nº 808/2017

A discussão sobre a alteração foi tamanha que, após a Lei n.º 13.467/2017 entrar em vigor, foi aprovada em 14 de novembro de 2017 a Medida Provisória n.º 808/2017, objetivando reparar algumas modificações trazidas pela Reforma Trabalhista. Entre elas, alterou-se novamente o artigo 394-A, que passou a constar que a gestante será afastada do seu local de trabalho e remanejada para local salubre independentemente do grau de insalubridade, sem direito a percepção do adicional.

Além disso, em uma inversão do que constou na alteração da reforma trabalhista, a medida possibilitou ainda o exercício de atividades insalubres em grau médio ou mínimo pelas trabalhadoras gestantes que apresentarem atestado de saúde emitido por médico de sua confiança. Após essa alteração, o texto passou a ter a seguinte redação:

> Art. 394-A. A empregada gestante será afastada, enquanto durar a gestação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres e exercerá suas atividades em local salubre, excluído, nesse caso, o pagamento de adicional de insalubridade.
> § 2º O exercício de atividades e operações insalubres em grau médio ou mínimo, pela gestante, somente será permitido quando ela, voluntariamente, apresentar atestado de saúde, emitido por médico de sua confiança, do sistema privado ou público de saúde, que autorize a sua permanência no exercício de suas atividades.
> § 3 º A empregada lactante será afastada de atividades e operações consideradas insalubres em qualquer grau quando apresentar atestado de saúde emitido por médico de sua confiança, do sistema privado ou público de saúde, que recomende o afastamento durante a lactação (BRASIL, 2017).

A Medida Provisória, fez alterações no texto do artigo, no entanto, não sanou as discussões sobre inconstitucionalidade ali contidas. Como não foi convertida em lei, o texto da reforma trabalhista é o que prevalece atualmente.

5.2. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5839/2019

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5839/2019 foi ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos, com o objetivo de

reverter o caráter supostamente prejudicial referente à maternidade, com pedido de medida cautelar, em face da expressão “quando apresentar atestado de saúde emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento” do art. 394-A, II e III, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Quase dois anos após a reforma trabalhista, especificamente em 29 de maio de 2019, o STF julgou inconstitucional a norma que permitia que gestantes e lactantes trabalhassem em ambientes insalubres. A maioria dos ministros seguiu o voto do relator, Ministro Alexandre de Moraes, de que a alteração implementada na CLT viola direitos constitucionais como a proteção à maternidade e a integral proteção à criança. Conforme pode ser visualizado abaixo:

> EMENTA: DIREITOS SOCIAIS. REFORMA TRABALHISTA. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À MATERNIDADE. PROTEÇÃO DO MERCADO DE TRABALHO DA MULHER. DIREITO À SEGURANÇA NO EMPREGO. DIREITO À VIDA E À SAÚDE DA CRIANÇA. GARANTIA CONTRA A EXPOSIÇÃO DE GESTANTES E LACTANTES A ATIVIDADES INSALUBRES. 1. O conjunto dos Direitos sociais foi consagrado constitucionalmente como uma das espécies de direitos fundamentais, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado Democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal. 2. A Constituição Federal proclama importantes direitos em seu artigo 6º, entre eles a proteção à maternidade, que é a ratio para inúmeros outros direitos sociais instrumentais, tais como a licença-gestante e o Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. direito à segurança no emprego, a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei, e redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. 3. A proteção contra a exposição da gestante e lactante a atividades insalubres caracteriza-se como importante direito social instrumental protetivo tanto da mulher quanto da criança, tratando-se de normas de salvaguarda dos direitos sociais da mulher e de efetivação de integral proteção ao recém-nascido, possibilitando seu pleno desenvolvimento, de maneira harmônica, segura e sem riscos decorrentes da exposição a ambiente insalubre (CF, art. 227). 4. A proteção à maternidade e a integral proteção à criança são direitos irrenunciáveis e não podem ser afastadas pelo desconhecimento, impossibilidade ou a própria negligência da gestante ou lactante em apresentar um atestado médico, sob pena de prejudicá-la e prejudicar o recém-nascido. 5. Ação Direta julgada procedente (BRASIL, 2019).

A autorização de trabalho para mulheres grávidas ou lactantes foi vedada independentemente do grau de insalubridade, de 10 votos a 1, discordando apenas o Ministro Marco Aurélio Mello.

O voto divergente do entendimento majoritário da Corte foi proferido pelo Ministro Marco Aurélio, cujo fundamento defendeu que a alteração do artigo questionado atende ao princípio do tratamento igualitário em relação ao gênero, em harmonia com a Constituição Federal. Pautado na percepção de que a mulher deve possuir ampla liberdade para tomar decisões que versem sobre seu estado gravídico, sustentou o Ministro:

> Toda visão alargada da proteção ao gênero feminino acaba prejudicando o próprio gênero feminino, tendo em vista a arregimentação de mão de obra e postura que passa a haver – e repito que a vida econômica é impiedosa – pelo tomador dos serviços. A mulher precisa ser tutelada além do que se mostra razoável? Tutelada além do que é considerada a Lei das leis? Não, Presidente. A mulher deve ter liberdade, e liberdade em sentido maior" (BRASIL, 2019)

Marco Aurélio afirmou ainda que a mulher não deve ser tutelada além do razoável, pois sua liberdade é um bem de grau maior, cabendo à própria mulher, em estado gravídico, tomar suas próprias conclusões sobre a conveniência do afastamento. Por fim, o Ministro alegou que a exigência de apresentação de atestado emitido por médico de confiança não é desarrazoada, levando em consideração que é fácil a obtenção de atestado médico.

Sobre a votação majoritária, refutando o argumento do Ministro Marco Aurélio, chama muita atenção o argumento prático de que, por nem todas as trabalhadoras conhecerem a lei, poder-se-ia ocorrer de muitas mulheres não saberem que teriam direito a se afastar e, por isso, sequer procurariam o médico para emitir o atestado ainda que o caso fosse de necessidade de afastamento. Essa possibilidade não só é condizente com a realidade de um país subdesenvolvido como o Brasil, como também é capaz de prejudicar o envolvido que não tem escolha nessa equação: o filho. Portanto, essa liberdade que o Ministro alega, possui alcance restrito.

Em seu voto, o Ministro Alexandre de Morais, explanou a importância da proteção à maternidade, que é a razão para que existam outros instrumentos sociais, como a licença-gestante, a vedação de despedida arbitrária ou sem justa causa da gestante, a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei, e redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

Segundo o ministro, a proteção da mulher grávida ou da lactante em relação ao trabalho insalubre caracteriza-se como importante direito social instrumental protetivo tanto da mulher, quanto da criança, pois o objetivo das referidas normas não só é salvaguardar direitos sociais da mulher, mas também efetivar a integral proteção ao recém-nascido, possibilitando sua convivência integral com a mãe, nos primeiros meses de vida, de maneira harmônica e segura e sem os perigos de um ambiente insalubre, consagrada, com absoluta prioridade, no artigo 227 do texto constitucional, como dever inclusive da sociedade e do empregador.

O ministro, observou ainda que a proteção à maternidade e a integral proteção à criança, são direitos irrenunciáveis e não devem ser afastados em razão do ônus imposto à mulher, de apresentação de atestado médico. O contato com ambiente nocivo pode gerar danos à saúde da gestante ou lactante, mas também ao nascituro e recém-nascido lactente. Diante disso, restaria clara a discordância da norma com o texto constitucional (BRASIL, 2019).

Sustentou, ainda, ser indispensável direito social da proteção à maternidade, bem como da integral proteção à criança, e que tal posicionamento estaria em consonância com a Carta Magna, que tutela os direitos da empregada gestante e lactante, do nascituro e do recém-nascido lactente, em quaisquer situações de risco à sua saúde e bem-estar. Nos termos, o voto do relator:

> A inconstitucionalidade consiste no fato de as expressões impugnadas permitirem a exposição de empregadas grávidas e lactantes a trabalho em condições insalubres. Mesmo em situações de manifesto prejuízo à saúde da trabalhadora, por força do texto impugnado, será ônus desta a demonstração probatória e documental dessa circunstância, o que obviamente desfavorece a plena proteção do interesse constitucionalmente protegido, na medida em que sujeita a trabalhadora a maior embaraço para o exercício de seus direitos (BRASIL, 2019).

A ministra Rosa Weber em seu voto afirmou que a alteração no artigo 394-A, II e III da CLT, trouxe “inegável retrocesso social” aos direitos das trabalhadoras gestantes e lactantes, visto que a norma ofende diretamente o direito social à proteção à maternidade e à infância (BRASIL, 2019).

> Sob essa ótica, a proteção da mulher grávida ou da lactante em relação ao trabalho insalubre caracteriza-se como importante direito social

> instrumental protetivo tanto da mulher quanto da criança, pois a ratio das referidas normas não só é salvaguardar direitos sociais da mulher, mas também efetivar a integral proteção ao recém-nascido, possibilitando sua convivência integral com a mãe, nos primeiros meses de vida, de maneira harmônica e segura e sem os perigos de um ambiente insalubre, consagrada, com absoluta prioridade, no art. 227 do texto constitucional, como dever inclusive da sociedade e do empregador.

No caso em análise, observou-se que a opção do legislador em condicionar o afastamento das empregadas gestantes e lactantes à apresentação de atestado médico violou o disposto no artigo 6º da Constituição Federal, que consagra como direito social fundamental a proteção à maternidade e à infância. Ressalta-se que é dever do Estado assegurar esse direito. Sobre essa proteção, escreve Morais (2018, p.15-16):

> A omissão do Estado, ao deixar de cumprir com o texto constitucional, impede a própria aplicabilidade das normas e princípios descritos pela Constituição. Ainda, o Constitucionalismo Contemporâneo reconhece a importância do Poder Judiciário como órgão autônomo que consegue conceder ao cidadão a realização dos seus Direitos Fundamentais, o que os garante, além de direitos mínimos, uma proteção necessária que o Estado deve lhes dar.

Conforme já exposto, observa-se a violação ao direito à saúde das gestantes e/ou lactantes, bem como do feto e da sociedade como um todo, contrariando sobremaneira o direito assegurado no artigo 196 da Constituição Federal:

> Art. 196. A saúde é 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 e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

O referido julgamento é de suma importância para o Direito do Trabalho da mulher. Com a nova interpretação, atualmente em vigor, as empregadas grávidas e lactantes ficam proibidas de exercer atividades insalubres, seja qual for o grau. O posicionamento adotado pela Corte, em síntese, fundamentou-se na vedação ao retrocesso social, tendo em vista todos os direitos sociais que as mulheres conquistaram até os dias atuais, não se admitindo sua redução ou supressão, e no princípio da precaução, segundo o qual, quando houver risco ou incerteza, deve-se favorecer a posição mais conservadora e protetiva.

> Destaca-se ainda que, em consonância ao princípio da dignidade da pessoa humana, fundante do ordenamento jurídico brasileiro, deve o Estado, não somente proteger o direito à vida, como também garantir que lhe que seja digna. Afinal, os riscos decorrentes de um ambiente insalubre podem trazer ao feto consequências para o resto de sua vida (DINIZ, 2018, p.150)

Para Barroso, “a dignidade da pessoa humana está no núcleo essencial dos direitos fundamentais, e dela se extrai a tutela do mínimo existencial e da personalidade humana, tanto na sua dimensão física como moral” (BARROSO, 2011, p. 276). Daí a importância de um meio ambiente de trabalho adequado, que proporcione condições mínimas e apropriadas, evitando a exposição do trabalhador em locais insalubres, que possam ocasionar perigo a sua condição física e mental, destacando a obrigação do empregador em acompanhar a saúde do empregado (NASCIMENTO, 2009, p. 850).

As normas de proteção ao trabalho da mulher têm por objetivo vedar à discriminação e o preconceito. Entretanto, com a Reforma Trabalhista, o artigo em estudo passou a violar diretamente valores protegidos pela Constituição Federal, como a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho; a redução das desigualdades sociais etc. Além dos preceitos mencionados, foi também desrespeitado o princípio da proibição do retrocesso social (LEITE, 2019).

6. Conclusão

Por muito tempo as mulheres não tiveram vez e voz e, com o passar do tempo e mediante muitas lutas e reivindicações das mulheres, as relações de trabalho foram mudando. Aos poucos elas obtiveram reconhecimento no mercado de trabalho. Internacionalmente, a Revolução Industrial incentivou a entrada das mulheres no trabalho industrial. Inicialmente, elas sofreram muito com as condições precárias e desvalorização salarial. A partir daí surgiram inúmeras reivindicações e consequentemente legislações protecionistas às trabalhadoras. Como não poderia ser diferente, o Brasil seguiu a onda de conquistas trabalhistas e foi incorporando essa demanda em seus diplomas constitucionais e infraconstitucionais.

A Constituição de 1988, bem como a CLT, com o capítulo da proteção da mulher, são conquistas valiosas na busca pela igualdade material entre os

indivíduos. A licença à maternidade, proteção ao mercado de trabalho, proibição de diferença salarial são garantias trazidas por um estado democrático de direito, protegendo seus cidadãos, em especial a mulher.

Especificamente em relação às atividades insalubres, primeiramente as mulheres eram indistintamente proibidas de exercê-las, como se fossem um ser humano mais fraco. Com o passar do tempo, a lei mudou e a mulher passou a ser enxergada como uma igual e possibilitou-se o exercício de atividades insalubres também de maneira indistinta. Para proteger as gestantes e lactantes, no entanto, em 2016 foi proibida, apenas para essas mulheres e em absoluto, o exercício de labor em local insalubre.

Em 2017, na contramão, houve a publicação da Reforma Trabalhista e dentre as várias modificações, uma delas foi a inserção dos incisos II e III no art. 394-A da CLT que passou a autorizar que gestantes a laborarem em local insalubre, quando este se der em grau mínimo e médio. No que diz respeito à lactante, ficou autorizado o seu trabalho nestes locais, independente do grau da insalubridade. Tal modificação não foi bem aceita e a Medida Provisória 808/2017 veio para “sarar algumas feridas” das mudanças ocorridas. Porém, tal medida não foi convertida em lei e perdeu sua eficácia, passando a valer o texto original da Reforma.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.839 do Supremo Tribunal Federal, foi ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos, com o objetivo de reverter o caráter prejudicial referente à maternidade. Foi um importante meio para se fazer valer os direitos e garantias fundamentais em que a Constituição Federal se baseia. Os direitos tutelados no artigo 394-A da Consolidação das Leis Trabalhistas foram gravemente feridos com a instituição da Reforma Trabalhista.

Pode, a princípio, não parecer que há violação, quando se permite a apresentação de atestado médico elaborado por médico de confiança da mulher empregada para que ela seja afastada do trabalho sem prejuízo de sua remuneração. Afinal de contas, a própria mulher teria confiança no laudo apresentado, já que não seria algo imposto pelo empregador.

Contudo, a análise da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal demonstra uma preocupação elevada daquele Tribunal com a manutenção do artigo 394-A da CLT, especialmente por se tratar de uma lei cujo conhecimento não alcança todas as trabalhadoras. Em um país como o Brasil, muitas empregadas desconhecem essa dinâmica e sequer procurariam algum médico para se afastar mesmo tendo o direito de fazê-lo. Imputar esse ônus à trabalhadora é algo extremamente oneroso até mesmo do ponto de vista de conhecimento da lei.

Além disso, legar aos profissionais de medicina que, muitas vezes, sequer conhecem o ambiente de trabalho da mulher, a decisão sobre se o trabalho faz mal a ela e/ou ao filho é algo pode ser prejudicial e irreversível. E não é só porque o médico é um profissional que, como qualquer outro, pode falhar. É que a própria medicina não é uma ciência exata e, pelo princípio da precaução, a saúde da mulher e da criança não é um direito que pode ser disposto pelo poder legislativo com base em presunções, sob pena de se incorrer em retrocesso social e violação da dignidade da pessoa humana e da valorização social do trabalho. Afinal de contas, não dá para devolver saúde com dinheiro.

Assim, a conclusão a que se chega é que a manutenção do artigo seria um enorme prejuízo para as mulheres gestantes/lactantes, visto que suprimiu direitos conquistados de forma contínua e com muita luta pela classe feminina. Não se esqueça que não é apenas às mulheres que se destinam tais direitos, mas também aos nascituros e recém-nascidos.

Assim, não se nega que é importante assegurar a observância dos preceitos constitucionais atinentes à igualdade de gênero material, incentivando a criação de medidas antidiscriminatórias, porém isso deve ser feito respeitando-se sempre as desigualdades naturais decorrentes do período de vulnerabilidade a que estão expostas as empregadas gestantes e lactantes.

Observa-se, por todo o exposto, que o entendimento do Supremo está em plena consonância com a Carta Constitucional de 1988, bem como com a jurisprudência da Corte, no tocante à tutela de direitos da empregada gestante e lactante, por prestigiar valores relacionados à dignidade da pessoa humana, valor social do trabalho, vedação ao retrocesso social, proteção à maternidade, à

gestante, ao nascituro e ao recém-nascido, em detrimento da flexibilização de normas que violam direitos indisponíveis e irrenunciáveis.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**.10. ed. São Paulo: LTr, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. [Constituição (1934)]**. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1934. Acesso em: 02 maio 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 abr. 2023.

BRASIL. 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho. **Enunciado n. 50**. TRABALHADORA GESTANTE E LACTANTE. ART. 394-A DA CLT. A autorização legal permitindo o trabalho da gestante e lactante em ambiente insalubre é inconstitucional e inconvencional porque violadora da dignidade humana, do direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho, da proteção integral ao nascituro e à criança e do direito social à saúde. Ademais, o meio ambiente do trabalho saudável é direito fundamental garantido pela Constituição da república, revestido de indisponibilidade absoluta. incidência dos arts. 1º, III; 6º; 7º, XXII; 196; 200; 201, II; 203, I; 225; 226 e 227 da Constituição Federal; Convenção 103 e 183 da OIT; arts. 25, I e II da DUDH. Brasília/DF, 09 e 10 out. 2017. Disponível em: https://www.anamatra.org.br/attachments/article/27175/livreto_RT_Jornada_19_Conamat_site.pdf . Acesso em: 15 maio 2023.

BRASIL. **Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943**. Consolidação das Leis do Trabalho. CLT. Rio de Janeiro, 1943. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 01 maio 2023.

BRASIL. **Lei n. 13.287, de 11 de maio de 2016**. Acrescenta dispositivo à Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para proibir o trabalho da gestante ou lactante em atividades, operações ou locais insalubres. Brasília, DF: Planalto, 2016. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13287.htm. Acesso em: 27 mar. 2023.

BRASIL. **Lei n. 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 n º 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: Planalto, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 28 mar. 2023.

BRASIL. **Medida Provisória n. 808, de 14 de novembro de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei n º 5.452, de 1 º de maio de 1943. Brasília, DF: Planalto, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/mpv/mpv808.htm. Acesso em: 10 maio 2023.

BRASIL. Secretaria Especial de Previdência e Trabalho. **Norma Regulamentadora 15.** Nr-15 atividades e operações insalubres. Disponível em https://www.trt2.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/NRs/NR_15.html. Acesso em: 07 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta De Inconstitucionalidade n. 5938/DF**. DIREITOS SOCIAIS. REFORMA TRABALHISTA. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À MATERNIDADE. PROTEÇÃO DO MERCADO DE TRABALHO DA MULHER. DIREITO À SEGURANÇA NO EMPREGO. DIREITO À VIDA E À SAÚDE DA CRIANÇA. GARANTIA CONTRA A EXPOSIÇÃO DE GESTANTES E LACTANTES A ATIVIDADES INSALUBRE. - [...]. Reqte.(s) Confederação Nacional Dos Trabalhadores Metalúrgicos Relator: Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, 29 maio 2019. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5447065. Acesso em: 19 maio 2023.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos humanos**. (Coleção sinopses jurídicas; v. 30). ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso De Direito Do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: Ltr, 2014.

DINIZ, Ricardo Córdova. **ART.394-A.** *In*: LISBÔA, Daniel; MUNHOZ, José Lúcio (org.). Reforma trabalhista comentada por juízes do trabalho: artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 148-151.

CARVALHO, MARIA FERNANDA PINHO DE. Direito trabalhista da mulher sobre a ótica das convenções da Organização Internacional do Trabalho. **Conteúdo**

Jurídico, Brasília-DF: 17 jul. 2020, 04:20. Disponível em: https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/54907/direito-trabalhista-da-mulher-sobre-a-tica-das-convenes-da-organizao-internacional-do-trabalho. Acesso em: 20 abr. 2023.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do Trabalho** – Tomo II. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LAPA, Antonio Neto da; KERTZMAN, Ivan. **Curso prático de Direito do Trabalho**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra **Curso de Direito do Trabalho**.15. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 30. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2014.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 34ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MELO, Geraldo Magela. A vedação ao retrocesso e o direito do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 52, n. 82, p. 65-74, jul./dez. 2010.

MELO, Raimundo Simão de. Reforma erra ao permitir atuação de grávida e lactante em local insalubre. **Consultor Jurídico**, jul. 2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-jul-21/reflexoes-trabalhistas-reforma-erra-permitir-gravida-lactante-local-insalubre. Acesso em: 15 maio 2023.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MORAIS, Fausto Santos de. **O dever de proteção aos Direitos Fundamentais como característica primordial do Constitucionalismo.** *In*: RODRIGUES, Horácio Wanderlei; CELLA, José Renato; SILVA, Jaqueline Mielke. Direito, Democracia e Sustentabilidade: anuário do programa de pós-graduação stricto sensu em Direito da Faculdade Meridional. Erechim: Deviant, 2018.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso De Direito Do Trabalho**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso De Direito Do Trabalho:** História Geral Do Direito Do Trabalho: Relações Individuais Do Trabalho. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OIT. Escritório Brasil. **Convenções ratificadas pelo Brasil**. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/lang--pt/index.htm. Acesso em: 20 maio 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: https://www.unicef.org/. Acesso em: 01 maio 2023.

PORTUGAL. Ministério do Trabalho e Solidariedade Social. **Cadernos Sociedade e Trabalho:** A OIT e a Igualdade de Género no Mundo do Trabalho, nº 16. O ABC dos direitos das mulheres trabalhadoras e da igualdade de gênero. 2 ed. Genebra: OIT, 2007. Maria Josefina Seabra Teles de Menezes Correia Leitão. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_775343.pdf. Acesso em: 02 maio 2023.

PIMENTEL, Sílvia. **Gênero e direito**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Álvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, ALVARO de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/122/edicao-1/genero-e-direito. Acesso em 13 abr. 2023.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3. ed. atual. São Paulo: LTr, 2000.

SALIBA, Tuffi Messias; PAGANO, Sofia Conceição Reis Saliba**. Legislação de Segurança, Acidente do Trabalho e Saúde do Trabalhador**. 14ª ed. São Paulo: LTr, 2022.

SAMPAIO, Felipe. Trabalho da gestante e da lactante em ambientes insalubres. **Jota.Info**, 2019. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/trabalho-da-gestante-e-dalactante-em-ambientes-insalubres-01062019. Acesso em: 10 maio 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 1ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.

SILVA, Homero Batista Mateus da; VIEIRA, Regina Stela Corrêa. Trabalho insalubre das gestantes: reflexões sobre as mudanças trazidas pela Lei 13.467/2017. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região**, São Paulo, n. 21, p. 68-74, 2019.

VILARINHO, Murilo Chaves. **Mulheres Mutiladas e Mulheres Desonradas:** A Importância da Luta de Mukhtar Mai e Kahdy Koita aos Direitos Humanos das

Mulheres. 2011. 125 f. Monografia (Pós-graduação em Sociologia) - Universidade Federal de Goiás, Goiás, 2011.

WANDELLI, L. V. **O direito ao trabalho como direito humano e fundamental:** elementos para sua fundamentação e concretização, 2009. Tese (doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, CCJ, 443 f. Curitiba, 2009.