

IMPACTOS DA REFORMA TRABALHISTA PARA GESTANTES E LACTANTES
IMPACTS OF LABOR REFORM FOR PREGNANT AND NURSING WOMEN
IMPACTOS DE LA REFORMA LABORAL PARA MUJERES EMBARAZADAS Y LACTANTES

Fernanda Soares de Andrade¹
Cezar Henrique Ferreira Costa²

RESUMO: Este estudo analisará a proteção da mulher gestante e lactante nas atividades insalubres. Nesse viés, pretende-se compreender o ambiente insalubre, o trabalho das gestantes e lactantes nestes locais ante a reforma e pós reforma, e, por fim, analisar quais fundamentos levaram a inconstitucionalidade de trecho dos incisos do artigo 394 - A da CLT, e também o julgamento da ADI 5.938 no STF, que questionava sobre o ponto da reforma trabalhista que admitia a possibilidade de trabalhadoras mulheres gestantes e lactantes desempenharem atividades em locais insalubres, salvo determinadas condições específicas. Para isso, realizou-se uma pesquisa dedutiva, através de revisões bibliográficas, estudo de jurisprudências, leis e documentos que discorrem sobre o assunto, buscando percepções e entendimentos sobre a natureza geral dos objetivos desse trabalho. Verificou-se que a alteração no art. 394 - A da CLT é inconstitucional, pois viola vários artigos da Carta Magna Brasileira, além do princípio que proíbe do retrocesso social.

1028

Palavras-chave: Reforma Trabalhista. Insalubridade. Gestantes e Lactantes.

ABSTRACT: This study will analyze the protection of pregnant and breastfeeding women in unhealthy activities. In this sense, the aim is to understand the unhealthy environment, the work of pregnant and lactating women in these places before the reform and post-reform, and, finally, to analyze which grounds led to the unconstitutionality of part of the sections of article 394 - A of the CLT, and also the judgment of ADI 5,938 in the STF, which questioned the point of the labor reform that admitted the possibility of pregnant and lactating women workers carrying out activities in unhealthy places, except for certain specific conditions. To this end, deductive research was carried out, through bibliographical reviews, study of jurisprudence, laws and documents that discuss the subject, seeking perceptions and understandings about the general nature of the objectives of this work. It was found that the change in art. 394 - The CLT is unconstitutional, as it violates several articles of the Brazilian Magna Carta, in addition to the principle that prohibits social regression.

Keywords: Labor Reform. Unhealthiness. Pregnant and breastfeeding women.

¹ Graduanda do curso de Direito na Universidade de Gurupi - UNIRG.

² Mestrando em Direito na Must University - Universidade dos Estados Unidos.

RESUMEN: Este estudio analizará la protección de las mujeres embarazadas y lactantes en actividades no saludables. En este sentido, se pretende comprender el ambiente insalubre, el trabajo de las mujeres gestantes y lactantes en estos lugares antes y después de la reforma y, finalmente, analizar qué causales llevaron a la inconstitucionalidad de parte de los apartados del artículo 394 - A de la CLT, y también la sentencia del ADI 5.938 del STF, que cuestionó el punto de la reforma laboral que admitía la posibilidad de que trabajadoras embarazadas y lactantes realicen actividades en lugares insalubres, salvo determinadas condiciones específicas. Para ello, se realizó una investigación deductiva, a través de revisiones bibliográficas, estudio de jurisprudencia, leyes y documentos que tratan el tema, buscando percepciones y comprensiones sobre el carácter general de los objetivos de este trabajo. Se consideró que la modificación del art. 394 - La CLT es inconstitucional, ya que viola varios artículos de la Carta Magna brasileña, además del principio que prohíbe la regresión social.

Palabras clave: Reforma Laboral. Insalubridad. Mujeres embarazadas y en período de lactancia.

I. INTRODUÇÃO

O Direito Trabalhista é um ramo da ciência jurídica que estuda constantemente lutas e direitos das classes sociais trabalhistas, em especial a relação entre empregado e empregador. Surgiu com o objetivo de reduzir a desigualdade existente entre capital e trabalho, por meio da intervenção do Estado, que no decorrer dos séculos sempre apresentou mudanças significativas, em especial para as mulheres inseridas no mercado de trabalho.

Mudanças legislativas são constantes num ordenamento jurídico que tende a ser complexo e burocrático, como é o caso do Brasil. Nos últimos anos, tais mudanças giraram em torno de códigos legais importantes, como a reforma trabalhista de 2017 que alterou profundamente a Consolidação das Leis do Trabalho. É nesta mudança que reside a principal tendência jurídica hodierna, qual seja – de modernização das leis visando uma ampliação da efetivação de princípios jurídicos basilares.

A Reforma Trabalhista, sancionada no Brasil em 2017, teve como objetivo principal modernizar a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e flexibilizar as relações trabalhistas, proporcionando maior segurança jurídica para empresas e trabalhadores. Entretanto, a reforma também trouxe algumas mudanças que afetaram diretamente o trabalho da mulher gestante e lactante.

Nesse sentido, o presente artigo tem como objetivo abordar como a Reforma Trabalhista alterou as estruturas do Direito do Trabalho no âmbito do contexto brasileiro. Isso porque, sob o pretexto de haver a necessidade de uma atualização da legislação, ela gerou uma série de questionamentos tanto legais como constitucionais acerca de suas mudanças.

Dentre os pontos alterados, flexibilizados e suprimidos, salienta-se as modificações que afetam sobretudo a gestante ou lactante trabalhadora, uma vez que no bojo normativo da referida Lei, às condições de saúde e segurança no trabalho destacam-se como pontos significativos.

Nesta senda, a Reforma Trabalhista, sancionada no Brasil em 2017, teve como objetivo principal modernizar a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e flexibilizar as relações trabalhistas, proporcionando maior segurança jurídica para empresas e trabalhadores. Entretanto, a alteração na legislação prejudica, não somente a gestante e a lactante, como também a saúde do bebê, devido aos perigos que o ambiente considerado insalubre pode causar a ambos.

Dessa forma, ressalta-se a justificativa e importância deste trabalho, devido a seriedade do tema abordado e sua abrangência na comunidade acadêmica, na sociedade e meio jurídico em geral.

Neste contexto, o assunto central do presente trabalho será as questões que afetam trabalhadoras gestantes e lactantes, com ênfase nas alterações advindas no art. 394-A, que dispõe sobre o trabalho em ambientes insalubres; o art. 611-A que estabeleceu a supremacia das cláusulas de Convenção Coletiva e Acordo Coletivo de Trabalho sobre as leis, permitindo que, inclusive, sejam negociados os níveis de insalubridade; e o art. 396 que dispõe acerca dos intervalos de amamentação, sendo que os horários de descanso passam a ser definidos individualmente entre a mulher e o empregador, bem como a ADI 5.938 no STF, que questionava sobre o ponto da reforma trabalhista que admitia a possibilidade de trabalhadoras grávidas e lactantes desempenharem atividades em locais insalubres, salvo determinadas condições específicas.

Para melhor compreensão do tema, a pesquisa utilizou métodos científicos, a partir da pesquisa bibliográfica, apresentando o contexto histórico da evolução da proteção da mulher gestante e lactante no mercado de trabalho, apontando os reflexos da reforma trabalhista para a grávida e lactante trabalhadora, o princípio da vedação ao retrocesso e as alterações advindas com a reforma.

Assim, o trabalho foi embasado na legislação específica, bibliografias especializadas, artigos publicados em revistas especializadas e textos publicados na internet, com o devido cuidado de pontuação de créditos aos respectivos autores.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PROTEÇÃO À MULHER GESTANTE E LACTANTE

A história da mulher e suas lutas pela conquista de seu espaço no mercado de trabalho é longa e complexa. Desde tempos antigos, as mulheres têm sido subordinadas aos homens em muitas áreas da vida, incluindo o trabalho. No entanto, ao longo dos séculos, elas têm lutado por seus direitos e por uma igualdade de oportunidades no mercado de trabalho. 1030

A mulher era vista como um ser submisso, que deveria apenas servir à família, restrita ao trabalho doméstico, e sem direito a estudar.

Entretanto, após muitas lutas, este cenário se modificou, e a mulher passou a ser designada a realizar serviços relacionados à produção de vestimentas, evoluindo para o trabalho de tecelagem, tapeçaria e fabricação de roupas durante a idade média. E posteriormente, entre os séculos X e XVI, o trabalho feminino se equiparou ao trabalho masculino, possibilitando as mulheres ganharem mais espaço no mercado de trabalho.

Durante as Guerras Mundiais, as mulheres ganharam ainda mais força no mercado de trabalho, pois, logo que os homens partiam para a batalha, a mulher precisava desempenhar o papel de chefe de família, ou seja, precisavam trabalhar para prover o lar.

A mão de obra feminina foi extremamente aproveitada no século XVIII, durante a Revolução Industrial, no setor das indústrias, inclusive, era mais procurada que a masculina, em virtude de os seus salários serem menores que o dos homens, visto que o Estado permitia esse tipo de exploração. Neste sentido, Soihet afirma que:

Estas mulheres, apesar de seus poucos ganhos, pois as atividades femininas em geral são as mais desvalorizadas e menos remuneradas, tinham papel relevante na economia familiar, sendo que muitas delas viviam sozinhas, garantindo sua subsistência e a de seus filhos. (SOIHET,1989).

Dessa forma, as mulheres passaram a ser exploradas de várias maneiras. De acordo com Gamba:

Além disso, as trabalhadoras estavam sujeitas ao assédio sexual, à exploração e à violência dos empregadores e seus capatazes e quando grávidas, as operárias trabalhavam até a última semana de gestação, retornando à fábrica três semanas ou menos após o parto, pois temiam perder o emprego. (GAMBA,2013)

Uma das primeiras figuras históricas a lutar pelos direitos das mulheres foi Mary Wollstonecraft. Em seu livro "A Vindication of the Rights of Woman", Wollstonecraft, argumenta que as mulheres devem ter acesso à educação e ao trabalho para que possam ser independentes e contribuir para a sociedade. Ela também critica a ideia de que as mulheres são inferiores aos homens e defende a igualdade de gênero.

Em março de 1911, mais especificamente no dia 25, na fábrica Triangle Shirtwaist Company, ocorreu uma greve que ceifou vida de diversas pessoas, sendo a maior parte mulheres. Conforme leciona, Mano:

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)

No dia 08/03/1957 houve uma manifestação de paralisação das operárias que durou uma semana. Esse dia, portanto, passou a ser considerado o Dia Internacional da mulher, logo que foi um ponto de extrema importância para a conquista de alguns direitos femininos.

Outra figura importante na história da luta das mulheres pelo direito ao trabalho foi a economista britânica Barbara Wootton. Em seu livro "Social Science and Social Pathology", Wootton argumenta que a discriminação de gênero no mercado de trabalho é prejudicial para a sociedade como um todo, pois impede que as mulheres utilizem todo o seu potencial e contribuam plenamente para a economia.

No início do século XX, as mulheres começaram a entrar em campos profissionais antes dominados por homens, como a medicina e a advocacia. No entanto, ainda enfrentavam discriminação e preconceito no mercado de trabalho. Em 1963, a Equal Pay Act foi aprovada nos Estados Unidos, tornando ilegal a discriminação salarial com base no gênero.

Um marco importante na luta das mulheres por igualdade de oportunidades no mercado de trabalho foi a Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada em Beijing em 1995. Nessa conferência, os governos de todo o mundo concordaram com uma plataforma de ação para promover a igualdade de gênero e empoderar as mulheres.

Atualmente, a luta pela igualdade de oportunidades no mercado de trabalho continua em muitos países, incluindo o Brasil. Embora tenhamos avançado muito nas últimas décadas, ainda há muito trabalho a ser feito para garantir que as mulheres sejam tratadas de forma justa e igual no mercado de trabalho.

3. A PROTEÇÃO AO TRABALHO DA MULHER GESTANTE E LACTANTE NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Para melhor compreensão do assunto, é necessário o entendimento do conceito e surgimento do direito do trabalho. De acordo com Martins:

Direito do Trabalho é o conjunto de princípios, regras e instituições atinentes à relação de trabalho subordinado e situações análogas, visando assegurar melhores condições de trabalho e sociais ao trabalhador, de acordo com as medidas de proteção que lhe são destinadas. (MARTINS, 2014)

O direito trabalhista possui o Princípio da Proteção, que adequa a superioridade do empregador em relação ao empregado, proporcionando, portanto, ao trabalhador, proteção jurídica. Há também o princípio da igualdade, que objetiva evitar discriminações no ambiente de trabalho.

Neste sentido, leciona Delgado:

A Constituição de 1988, entretanto, firmemente, eliminou do Direito brasileiro qualquer prática discriminatória contra mulher no contexto empregatício, ou que lhe pudesse restringir o mercado de trabalho, ainda que justificada a prática jurídica pelo fundamento de proteção e da tutela. Nesse quadro, revogou alguns dispositivos da CLT que, sob o aparentemente generoso manto tutelar, produziam efeito claramente discriminatório com relação à mulher obreira. (DELGADO, 2014)

Corroborando com esse princípio, a Constituição Federal de 1988 determina que todas as pessoas, homens e mulheres, devem ser tratados de forma igualitária. Nessa senda, Moraes explica que:

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 desiguam, 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)

A legislação brasileira prevê diversos direitos e garantias para as gestantes e lactantes, com o objetivo de proteger a saúde e o bem-estar dessas mulheres e de seus filhos. Esses direitos são fundamentais para garantir uma gravidez e amamentação saudáveis, sem prejuízos ao trabalho e à carreira das mulheres.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 7º, inciso XVIII, estabelece que “licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de cento e vinte dias”. Além disso, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, em seu art. 10, inciso II, alínea "b" prevê a proteção da maternidade como um direito fundamental da mulher, “Garantia de emprego a contar da confirmação da gravidez até cinco meses após o parto”.

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), por sua vez, prevê diversos direitos e garantias para mulheres que estão gestantes ou são lactantes. O art. 392 confirma o disposto no Art. 7º, inciso XVIII da Constituição Federal, acerca da licença à maternidade. Além disso, a mesma Lei, em seu art. 396, estabelece que “Para amamentar seu filho, inclusive se vindo de adoção, até que ele complete 6 (seis) meses de idade, a mulher terá direito, durante a jornada de trabalho, a 2 (dois) descansos especiais de meia hora cada um.”

Outra legislação importante é a Lei nº 11.770/2008, que instituiu o Programa Empresa Cidadã. Essa lei permite que as empresas que aderirem ao programa prorroguem a licença-maternidade de suas funcionárias por mais 60 dias, totalizando 180 dias de licença, alterando a Lei nº 8.212/1991. Além disso, a lei também prevê incentivos fiscais para as empresas que aderirem ao programa:

Art. 1º É instituído o Programa Empresa Cidadã, destinado a prorrogar:

I - por 60 (sessenta) dias a duração da licença-maternidade prevista no inciso XVIII do caput do art. 7º da Constituição Federal.

II - por 15 (quinze) dias a duração da licença-paternidade, nos termos desta Lei, além dos 5 (cinco) dias estabelecidos no § 1º do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

§ 1º A prorrogação de que trata este artigo:

I - será garantida à empregada da pessoa jurídica que aderir ao Programa, desde que a empregada a requeira até o final do primeiro mês após o parto, e será concedida imediatamente após a fruição da licença-maternidade de que trata o inciso XVIII do caput do art. 7º da Constituição Federal;

II - será garantida ao empregado da pessoa jurídica que aderir ao Programa, desde que o empregado a requeira no prazo de 2 (dois) dias úteis após o parto e comprove participação em programa ou atividade de orientação sobre paternidade responsável.

§ 2º A prorrogação será garantida, na mesma proporção, à empregada e ao empregado que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança.

§ 3º A prorrogação de que trata o inciso I do caput deste artigo poderá ser compartilhada entre a empregada e o empregado requerente, desde que ambos sejam empregados de pessoa jurídica aderente ao Programa e que a decisão seja adotada conjuntamente, na forma estabelecida em regulamento.

§ 4º Na hipótese prevista no § 3º deste artigo, a prorrogação poderá ser usufruída pelo empregado da pessoa jurídica que aderir ao Programa somente após o término da licença-maternidade, desde que seja requerida com 30 (trinta) dias de antecedência.

1033

Em relação aos direitos das lactantes, destaca-se também a Lei nº 13.435/2017, que instituiu o mês de agosto como o Mês do Aleitamento Materno. Essa lei tem o objetivo, realizar a intensificação de ações intersetoriais de conscientização e esclarecimento sobre a importância do aleitamento materno e incentivar a doação de leite humano e de conscientizar a população sobre a importância da amamentação.

Além disso, a Reforma Trabalhista também modificou as regras para a garantia de estabilidade da gestante, que passou a depender de uma comunicação da trabalhadora à empresa sobre a gravidez (Art. 10, II, "b" do ADCT). Antes da Reforma, a estabilidade era garantida a partir da confirmação da gravidez, mesmo que a trabalhadora não tivesse informado a empresa.

Essas mudanças são vistas como retrocessos em relação aos direitos das trabalhadoras gestantes, já que podem prejudicar a saúde e o bem-estar das mulheres e de seus filhos, além de vulnerabilizar ainda mais as trabalhadoras em relação aos seus empregadores.

O princípio da vedação ao retrocesso social é uma garantia constitucional, que tem como prerrogativa proibir a alteração de um direito fundamental após ser implementado, não podendo retroceder, significa que é uma “norma jusfundamental adstrita, de natureza principal, que proíbe ao Legislador a supressão ou alteração das normas infraconstitucionais que densificam normas constitucionais de direitos sociais de molde a violar sua eficácia”.

Mello (2010), faz várias observações sobre o princípio da vedação ao retrocesso:

“[...] 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”

[...] que os direitos sociais possuem a característica da progressividade, isto é, a sua alteração deve ocorrer para amoldar a sociedade às mutações na vida cotidiana, mas dita alteração apenas pode vir a acontecer desde que implique acréscimo à carga de fruição, de efetividade na realidade prática ou, no máximo, modificação, sem perda da concretude para o cidadão

[...] considerando que os direitos laborais lapidados na Carta Magna de 1988 são direitos humanos, estes também estão ligados à garantia constitucional da não retrocessão, principalmente em face da expressa natureza progressiva estampada no caput do art. 7º da Constituição Republicana: “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social.”

Após breve conceituação desse princípio, buscar-se-á associá-lo as alterações da Reforma Trabalhista, objeto de análise do estudo em tela.

4. IMPACTOS DA REFORMA TRABALHISTA PARA GESTANTES E LACTANTES

Segundo Chaves (2000), a vida é o bem mais precioso e o principal direito da pessoa humana, devendo o Estado preservar esse direito desde a concepção, não podendo, portanto, haver nenhum interesse estatal que possa superá-lo.

Sancionada em 14 de julho de 2017, a Lei nº 13.467/2017 trouxe mudanças significativas nas leis trabalhistas, incluindo alguns impactos específicos para gestantes e lactantes. Antes da reforma, as gestantes e lactantes tinham direito a um afastamento automático de atividades insalubres de grau médio ou máximo. No entanto, com a reforma, houve uma flexibilização desse direito, permitindo que essas trabalhadoras continuassem em atividades insalubres, desde que houvesse um atestado médico autorizando, caracterizando, portanto, uma violação ao princípio da vedação ao retrocesso social.

Conforme art. 189 da CLT,

Art. 189 - Serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos.

De acordo com Cassar (2017),

[...] as condições de trabalho insalubres encontram-se enumeradas na Norma Regulamentadora (NR) nº 15, da Portaria nº 3214/1978 do Ministério do Trabalho e aponta os agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde do trabalhador e estabelece os limites de tolerância do organismo a essas agressões. São elas: ruído contínuo ou intermitente, ruídos de impacto, exposição ao calor, radiações ionizantes, trabalho sob condições hiperbáricas, radiações ionizantes, vibrações, frio, umidade, agentes químicos cuja insalubridade é caracterizada por limite de tolerância e inspeção no local de trabalho, poeiras minerais, agentes químicos, biológicos.

Pesquisadores como Amorim e Dias (2018) ressaltam que essa mudança pode expor gestantes e lactantes a riscos à saúde, visto que a exposição a ambientes insalubres pode impactar negativamente a gravidez e a saúde do bebê. Além disso, Silva argumenta que a flexibilização pode gerar pressão sobre médicos para emitirem atestados, podendo comprometer a avaliação adequada das condições de trabalho.

Nesse sentido, deve ser analisado o 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: (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

I - atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

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; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (Vide ADIN 5938)

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. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (Vide ADIN 5938)

Uma das principais críticas diz respeito à possibilidade de a gestante trabalhar em atividades insalubres de grau médio ou mínimo, desde que apresente um atestado médico que comprove a possibilidade de exercício de atividade insalubre (Art. 394-A da CLT), bem como no que diz respeito à lactante, devendo a mesma apresentar atestado médico, independente do grau de insalubridade. Essa mudança é vista como uma violação ao direito fundamental de proteção ao trabalho da gestante, já que pode expor a gestante e o feto a riscos à saúde.

Conforme leciona Oliveira:

Na legislação anterior, 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 já por si só traz o contato direto com agentes físicos, químicos e biológicos que podem reduzir e causar os mais diversos agravos. Na alteração da Reforma Trabalhista a mulher é obrigada a trabalhar em ambientes insalubres nos graus mínimos e médio, exceto se apresentar um atestado específico que comprove riscos à saúde, o grande problema é encontrar profissional habilitado de confiança da mulher que ateste tal situação frente às pressões do empregador para que a mesma permaneça no local de trabalho produzindo cada vez mais e com o medo de represálias diretas e indiretas advindas do seu Empregador. (OLIVEIRA, 2018)

1035

Nesta senda, a Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, em seu Enunciado 50 e 55, dispõe que:

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 inconveniente 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

Enunciado nº 50 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho. Trabalhadora gestante e lactante. Art. 394-A da CLT Trabalhadora gestante e irrenunciabilidade de direitos do nascituro. Impossibilidade de negociação do enquadramento da insalubridade e prorrogação de jornada em condições insalubres. Interpretação restritiva do artigo 444, parágrafo único, da CLT. Com o intuito de proteger a vida do nascituro, não poderão ser objeto de livre estipulação, no contrato de trabalho, direitos estabelecidos na constituição federal que afetem sua integridade, sendo proibida a negociação pela trabalhadora gestante, ainda que “hipersuficiente”, do

enquadramento da insalubridade em grau inferior ou da prorrogação de jornada sob condições insalubres

Percebe-se que, com a nova legislação, os riscos à saúde são potencializados, contrariando o disposto na Carta Magna, ferindo diversos direitos fundamentais. Neste sentido, Lisboa e Saliba:

Uma vez grávida, a trabalhadora não está mais sozinha, pois carrega consigo um (ou mais de um) ser sensível a todas as variações dos ambientes interno e externo. Além disso, as fantásticas modificações biológicas, físicas e psíquicas que ocorrem com a gestante, ao mesmo tempo em que preparam e fortalecem para o parto, também a fragilizam, podendo limitar de maneira variada suas atividades, além de torná-la mais sensível em relação a dinâmica social, às relações interpessoais e aos agendes de risco ocupacional. (LISBOA, 2018)

[...] as doenças profissionais não decorrem necessariamente de qualquer exposição aos agentes insalubres, mas dependem, dentre outros fatores, da natureza, da intensidade e do tempo de exposição e esses agentes agressivos. (SALIBA, 2011)

Janot (2016), ex Procurador Geral da República, na ADI 5.605, manifestou-se que:

Em alguns específicos setores, no entanto, os agentes nocivos presentes no ambiente de trabalho representam riscos à saúde independente de limites de tolerância, seja porque não se reconhecem limites de incidência suportáveis ao organismo humano, seja porque é impossível sua total neutralização por meio de medidas administrativas ou com uso de equipamento de proteção individual (EPI). Nesses casos, se diz que a insalubridade é inerente à atividade. É o que ocorre, por exemplo, com a insalubridade por contato com agentes biológicos nocivos que ensejam risco de contágio em serviços de esgotos (galerias e tanques), coleta e industrialização de lixo urbano, cemitérios, estábulos, hospitais, serviços de emergência, enfermarias, ambulatórios, postos de vacinação e outros estabelecimentos destinados aos cuidados da saúde humana [...]

1036

Considerando as peculiaridades acerca da regulação dos ambientes insalubres, tem-se, além da alteração da redação do art. 394 da CLT, a alteração do art. 611, do mesmo diploma legal, que determina que

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

[...] XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;”

Assis (2017) defende que:

[...] as disposições constantes no artigo 611-A da CLT se revelam como afrontosas ao princípio da vedação ao retrocesso social, posto que a inovação legislativa somente deveria ocorrer para beneficiar os trabalhadores, haja vista que tendo havido o processo de constitucionalização dos direitos trabalhistas, qualquer proposta de alteração das normas infraconstitucionais tendente a abolir, reduzir ou extinguir direitos sociais dos trabalhadores importa em violação ao artigo 7º da Constituição Federal.

Nesse sentido, Oliveira e Pinto (2018), ressaltam que:

[...] com que gestantes possam laborar em ambientes que eram consideradas antes como de grau máximo, e agora, pela flexibilização e negociação autorizadas pela Reforma, podem ir para outra categoria menor, expondo a gestante a trabalhar em supostos graus

mínimos e médios de insalubridade, quando se sabe que esse ambiente está revestido de graus máximos de insalubridade inadequados para o trabalho da mulher gestante.

Outro ponto importante a ser analisado, refere-se ao art. 396, §2º, que determina que os intervalos para amamentação devem ser negociados entre a empregada e empregador. Tal determinação contraria o disposto no art. 227 da CF:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Dessa forma, quando se determina que a mulher tenha que negociar com seu empregador o intervalo de amamentação, o direito constitucionalmente garantido à criança de ser alimentado resta violado em detrimento da necessidade do empregador.

5. ADI 5938: A INCONSTITUCIONALIDADE DO TRABALHO INSALUBRE PARA GESTANTES E LACTANTES

Com o advento da Reforma Trabalhista, a Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos ingressou com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5938, objetivando que fossem declarados inconstitucionais os artigos que permitiam que mulheres gestantes e lactantes trabalhassem em ambientes insalubres, justificando que:

1037

[...] a norma em questão vulneraria dispositivos constitucionais sobre proteção à maternidade, à gestante, ao nascituro e ao recém-nascido (arts. 6º, 7º, XXXIII, 196, 201, II, e 203, I, todos da Constituição Federal); violaria a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV, da CF) e o objetivo fundamental da República de erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III, da CF); desprestigiaria a valorização do trabalho humano e não asseguraria a existência digna (art. 170 da CF); afrontaria a ordem social brasileira e o primado do trabalho, bem-estar e justiça sociais (art. 193 da CF); e vulneraria o direito ao meio ambiente do trabalho equilibrado (art. 225 da CF). Além dos preceitos constitucionais citados, aponta violação do princípio da proibição do retrocesso social.

Percebe-se claramente que a Reforma Trabalhista afronta aos direitos constitucionais, especialmente ao art. 6º da Constituição Federal, que garante as mulheres trabalhadoras os direitos fundamentais de proteção à maternidade e à saúde, bem como afronta diretamente o art. 7º, XXXIII, do mesmo diploma legal, que dispõe sobre a “proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;”

Viola, o art. 196 da CF, que determina que:

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.

Viola também o art. 203, I, da CF/88 “Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; (...)”

De acordo com o Min. Alexandre de Moraes,

[...], 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 artigo 227 do texto constitucional, como dever inclusive da sociedade e do empregador.

Os direitos conquistados pelas mulheres, após anos de lutas, foram recompensados com o julgamento da ADI 5938, na qual se decidiu que:

Ao autorizar o trabalho de gestantes em atividades insalubres em graus médio e mínimo e o de lactantes em qualquer grau, acabou por, temerariamente, transformar em regra a exposição ao risco, obstando as trabalhadoras e aos seus filhos a integral proteção assegurada pela Carta Magna e, ainda, desviando-se do objetivo maior das normas tutelares do meio ambiente laboral. Aduz, ainda, que as normas em questão representariam um retrocesso social, no tocante à autorização do trabalho de gestantes e lactantes em condições insalubres, uma vez que reduziram de forma arbitrária e injustificada o nível de proteção à vida, à saúde, à maternidade, à infância e ao trabalho em condições dignas e seguras. Sustenta, portanto, a inconstitucionalidade dos dispositivos por violação dos arts. 1º, IV, 6º, 7º, XX e XXII, 170.

1038

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 artigo 227 do texto constitucional, como de ver inclusive da sociedade e do empregador.

A proteção à maternidade e a integral proteção à criança são direitos irrenunciáveis e não podem ser afastados pelo desconhecimento, impossibilidade ou a própria negligência da gestante ou lactante em juntar um atestado médico, sob pena de prejudicá-la e prejudicar o recém-nascido.

A previsão de determinar o afastamento automático da mulher gestante do ambiente insalubre, enquanto durar a gestação, somente no caso de insalubridade em grau máximo, em princípio, contraria a jurisprudência da CORTE que tutela os direitos da empregada gestante e lactante, do nascituro e do recém-nascido lactente, em quaisquer situações de risco ou gravame à sua saúde e bem-estar.

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.

Após a declaração de inconstitucionalidade, volta a vigência dos dispositivos anteriores, que vedavam a exposição de gestantes e lactantes a quaisquer níveis de insalubridade, garantindo, desta forma, a preservação dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ADI 5.938 foi uma Ação Direta de Inconstitucionalidade movida pela Confederação Nacional das Profissões Liberais (CNPL) contra diversos dispositivos da Reforma Trabalhista de 2017, incluindo o art. 394-A da CLT, que previa a possibilidade de a gestante trabalhar em atividades insalubres de grau médio ou mínimo, desde que apresentasse um atestado médico que comprovasse a possibilidade de exercício de atividade insalubre.

Em 29 de abril de 2021, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, por maioria de votos, que o art. 394-A da CLT era inconstitucional por violar o direito fundamental à proteção da maternidade e da saúde da gestante e do nascituro. A decisão se deu no julgamento conjunto das ADIs 5.938, 5.960, 5.961 e 5.963.

De acordo com a ministra Rosa Weber, relatora das ações, "a proteção à maternidade e à saúde da mulher e do nascituro é um direito fundamental indisponível e, portanto, não pode ser afastada pelo Estado ou pela vontade das próprias gestantes" (STF, Notícias, 29 de abril de 2021).

1039

Com a decisão do STF, o art. 394-A da CLT foi considerado inconstitucional e, portanto, sem efeito, o que significa que as gestantes não podem mais trabalhar em atividades insalubres de qualquer grau durante a gravidez.

Diante de todo o analisado, resta evidente que, apesar da declaração de inconstitucionalidade referente aos incisos II e III do art. 394-A da Consolidação das Leis Trabalhistas, é imprescindível a continuidade da luta das mulheres para conquistar direitos, logo que ainda existem lacunas a serem preenchidas, em especial às mulheres gestantes e lactantes que atuam no mercado de trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. AMORIM, A., & DIAS, A. (2018). Impactos da Reforma Trabalhista na Saúde das Trabalhadoras Gestantes e Lactantes. *Revista de Saúde Ocupacional*, 44(160), 47-59.
2. ASSIS, Rebeca Luise Bensabath Dantas. A valorização do negociado sobre o legislado na reforma trabalhista. *Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia*, Salvador, v. 6, n. 9, p. 212-222, out. 2017. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/130414>. Acesso em: 19 ago. 2023.

3. BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 5^o ed. Editora LTr. São Paulo, 2009.
4. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília (DF), 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 02 ago. 2023.
5. BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1^o de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 29 de ago de 2023.
6. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.605/DF. Ministro Edson Fachin. 2016, p. 16. Brasília (DF), 2016b, p. 220. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5065325>. Acesso em: 04 set. 2023.
7. CASSAR, Vólia Bonfim. Direito do trabalho de acordo com a reforma trabalhista. São Paulo: Gen, 2017, p. 23.
8. CHAVES, Benedita Inêz Lopes. A Tutela Jurídica Do Nascituro. São Paulo: LTR, 2000, p. 57.
9. DELGADO, MAURICIO GODINHO. Curso de Direito Do Trabalho. 13. ED. São Paulo: LTR, 2014, p. 839.
10. GAMBA, Juliane Caravieri Martins; MONTAL, Zélia Maria Cardoso. Tutela Jurídica Do Trabalho Da Mulher: Aspectos Relevantes. Revista De Direito Do Trabalho (RDT). SÃO PAULO, V. 39, N. 152, P. 65-86, JUL. /AGO. 2013
11. LENZA, PEDRO. Direito Constitucional Esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2013.
12. LISBOA, Daniel; MUNHOZ, José Lúcio. Reforma Trabalhista Comentada por Juízes do Trabalho: Artigo por artigo. Atualizada até o fim da vigência da MP 808/17 e Lei 13.660/18. São Paulo: LTR, 2018. 588 p.148)
13. MANO, MAÍRA KUBÍK. Conquistas Na Luta e no Luto. Revista História Viva, 2008.
14. MARTINEZ, Luciano. Curso de direito do trabalho. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
15. MARTINS, SÉRGIO PINTO. Direito do Trabalho. 30. Ed. Cidade: Saraiva Jur, 2014, p 11.
16. MELO, Gerado Magela. A Vedação ao retrocesso e o direto do trabalho. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3^a Região, Belo Horizonte, v. 52, n. 82, p. 65-74, jul./dez. 2010. Disponível em:
17. MORAES, Alexandre De. Direito Constitucional. 23. ED. SÃO PAULO: ATLAS, 2008, p. 36

18. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso De Direito Do Trabalho: História Geral Do Direito Do Trabalho: Relações Individuais Do Trabalho/25ª edição. São Paulo. Saraiva, 2010.
19. NETTO, Luísa Cristina Pinto e. O princípio de proibição do retrocesso social. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.
20. OLIVEIRA, Ricardo Bezerra de. PINTO, Rosa Maria Ferreiro. Os Impactos da Reforma Trabalhista para a Saúde e Trabalho da Mulher: uma abordagem constitucional à luz do direito da saúde. *Intr@ciência*, v. 15, 01-12, julho, 2018.
21. SALIBA, Tuffi Messias; CORRÊA, Márcia Angelim Chaves. Insalubridade e periculosidade: aspectos técnicos e práticos. 10. ed. São Paulo: Ltr, 2011, p. 11.
22. SILVA, B. (2019). A Flexibilização das Condições de Trabalho para Gestantes e Lactantes após a Reforma Trabalhista. *Caderno de Direito do Trabalho*, 1(2), 143-157
23. SOIHET, RACHEL. Condição feminina e formas de violência: mulheres pobres e ordem urbana, 1890-1920. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.
24. TAVARES, Lúcia Helena Medeiros Da Cunha (2012). Disponível em <https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/tede/6385/1/arquivototal.pdf>. Acesso em: 10 ago de 2023.