

**ARTIGO 394-A DA CLT FACE A ADIN 5.938/DF:
“TODA VISÃO ALARGADA DA PROTEÇÃO AO GÊNERO FEMININO ACABA
PREJUDICANDO O PRÓPRIO GÊNERO FEMININO”**

Larissa Santos Oliveira¹
Magali A. Lima e Lima²
Lisdeili Maria Nobre G. Dantas³

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo propor a análise do artigo 394-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) trazida pela Lei Nº 13.467/2017, com a finalidade de garantir proteção à maternidade e a vida, direitos de cunho social previstos na Carta Magna, vedando o exercício laborativo da empregada gestante ou lactante em ambiente insalubre, de forma a preservar a vida e a saúde da progenitora e do concebido ou do neonato. É sabido que, o exercício de atividades com exposição a agentes insalubres representa sérios riscos à integridade física da mulher trabalhadora, seja ela gestante ou lactante, como também ao feto ou ao recém-nascido. No entanto, a nova redação contida nos incisos II e III do artigo supracitado retrocedeu na modificação quanto ao desempenho de atividade insalubre exercida pelas mulheres gestantes e lactantes estas gozaram do afastamento da atividade desempenhada sob a condição de comprovar/apresentar através de atestado médico por profissional de sua confiança a expressa recomendação de afastamento. Pois bem, este material será demonstrado que alterações legislativas mal estruturadas que surgem sob o argumento de melhor atender as especificidades da mulher acabam por depreciar dispositivos constitucionais sobre proteção à maternidade, à gestante, à lactante e a sua prole, além de violar princípios como o da igualdade e da dignidade da pessoa humana e vedação ao retrocesso social. Sendo necessário uma Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.938/DF, para assegurar direitos já consolidados e impedir a disseminação do preconceito da mulher no ambiente de trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos da mulher. Proteção à maternidade. Insalubridade. Direito à vida.

¹ Discente do curso de Direito do Centro Universitário UniFTC de Itabuna (UniFTC/Itabuna), e-mail: larissaa.oliveira@hotmail.com

² Discente do curso de Direito do Centro Universitário UniFTC de Itabuna (UniFTC/Itabuna), e-mail: Magali-lima@outlook.com

³ Professora Orientadora do Centro Universitário UniFTC de Itabuna (UniFTC/Itabuna), Mestre, e-mail: lisdeili.dantas@ftc.edu.br

ABSTRACT

This article aims to propose the analysis of article 394-A of the Consolidation of Labor Laws (CLT) brought by Law No. 13.467/2017, in order to ensure protection of maternity and life, social rights provided for in the Charter Magna, prohibiting the pregnant or lactating employee from working in an unhealthy environment, in order to preserve the life and health of the mother and the conceived or newborn. It is known that the exercise of activities with exposure to unhealthy agents poses serious risks to the physical integrity of working women, whether pregnant or lactating, as well as to the fetus or newborn. However, the new wording contained in items II and III of the aforementioned article set back the modification regarding the performance of unhealthy activities performed by pregnant and lactating women, these enjoyed the removal of the activity performed under the condition of proving/presenting through a medical certificate by a professional of your confidence the express recommendation of removal. Well, this material will demonstrate that poorly structured legislative changes that arise under the argument of better meeting the specificities of women end up devaluing constitutional provisions on the protection of maternity, pregnant women, breastfeeding women and their offspring, in addition to violating principles such as the equality and dignity of the human person and the prohibition of social regression. It is necessary a Direct Action of Unconstitutionality No. 5.938/DF, to ensure rights already consolidated and prevent the dissemination of prejudice against women in the workplace.

KEYWORDS: Women's rights. Maternity protection. Unhealthy. Right to life.

1 INTRODUÇÃO

Desde o princípio, quando a terra começou a ser habitada e povoada pela espécie humana, foi possível verificar uma incessante busca pela convivência em harmonia entre os diferentes povos. Com esse objetivo, inclusive, é que as leis foram e ainda são criadas, em uma tentativa de se estabelecer a paz social, ou, dito de outra forma, um equilíbrio na resolução de interesses opostos. Porém, diante da dinâmica da vida, do fenômeno da globalização e dos inúmeros avanços tecnológicos que vem acontecendo, se faz necessário atualizar e aperfeiçoar essas mesmas leis sempre que for preciso.

Contudo, esse aperfeiçoamento legislativo não ocorre de maneira automática na sociedade, muito pelo contrário, é preciso mobilização e engajamento social para que a proteção de direitos pelo Estado seja garantida. É o caso dos direitos trabalhistas das mulheres, o qual enfrentou diversas barreiras na implementação de igualdade de direitos em comparação aos homens. No entanto, ainda se nota, mesmo com diversas mobilizações de vários setores, alguns recrudescimentos nas suas conquistas.

Foi o que aconteceu, por exemplo, com a legislação trabalhista brasileira no ano de 2017, onde houve uma necessidade de adequação de alguns institutos com a identificação de novas realidades sociais, tendo em vista a velha idade das leis que estavam em vigor. Além disso, essas leis tinham o agravante de terem sido promulgadas sobre a égide de um Estado ditatorial, o Estado Novo. Porém, tal reforma que mal tinha sido sucedida, acabou gerando várias críticas pelos estudiosos do ramo, pois para eles o debate prévio e a maturação das ideias não foram levados em consideração no momento das discussões.

Dentre vários temas levantados, um específico despertou muita atenção. Trata-se da nova redação dada ao art. 394-A, incisos II e III, os quais abordavam o tema da proteção à maternidade, especificamente quanto à atividade insalubre exercida pelas mulheres gestantes. Ao estabelecerem que a empregada deverá ser afastada de atividades consideradas insalubres, sob a condição de “[...] apresentar atestado de saúde emitido por médico de confiança da mulher, que recomenda o afastamento [...]”, ambos os incisos sofreram inúmeras críticas não só da doutrina trabalhista, como também de outros setores da sociedade.

Diante da polêmica surgida com o advento da expressão mencionada, houve diversas reações no mundo jurídico. A Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos (CNMT) ingressou no Supremo Tribunal Federal com a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) 5.938/DF em face da expressão adicionada, argumentando que a norma violaria dispositivos constitucionais sobre a proteção à maternidade, ao nascituro, à dignidade da pessoa humana e aos valores sociais do trabalho, dentre outros.

No dia 29 de maio de 2019, o Ministro do STF Alexandre de Moraes na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) 5.938/DF decidiu liminarmente pela retirada dessa expressão. Posteriormente em sede do julgamento do mérito, o Tribunal, por maioria de votos, conheceu e julgou procedente o pedido formulado na ação para declarar a inconstitucionalidade da expressão “quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento”.

Nesse sentido, mesmo tendo em vista que a nossa Carta Magna consagrou um rol de direitos sociais, reflexos de várias conquistas trabalhistas, e que concedeu igualdade formal e material entre homens e mulheres, não só nas relações públicas como nas privadas. Deste modo, as criações legislativas na esfera do Direito do Trabalho obedecem ao comando constitucional da isonomia, paridade e equidade entre os gêneros no âmbito das relações trabalhistas?

Partindo-se desse problema, tem como objeto geral analisar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.938/DF, a qual considerou o trecho introduzido na reforma de 2017 nos incisos II e III do artigo 394-A da CLT, como inconstitucionais, por violarem diversos dispositivos da Constituição, tais como a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho.

E objetivos específicos: a evolução dos direitos trabalhistas femininos; o tratamento oferecido atualmente pela nossa legislação no que tange à isonomia dos direitos trabalhistas face as garantias concedidas as mães nas condições de maternidade e lactância; os direitos trabalhistas referente à insalubridade; a reforma do art. 394-A da CLT encampada na recente reforma trabalhista, promulgada no ano de 2017; e por fim, discutirá sobre o julgamento da ADIN 5.938/DF pelo Supremo Tribunal Federal, bem como a sua relevância no controle de constitucionalidade das leis trabalhistas.

A hipótese desse trabalho baseou-se nas novidades trazidas pela reforma trabalhista, onde foi possível verificar alguns retrocessos nos direitos trabalhistas ligados às mulheres gestantes e lactantes, dentre as quais trouxe a possibilidade de submetê-las a condições de insalubridade, o que traria inúmeros riscos não só à saúde delas, como também dos seus filhos e nascituros. Desse modo, chegou-se à conclusão de que mesmo com avanços na nossa Lei maior, as normas infraconstitucionais muitas vezes vêm desrespeitando as garantias ali estampadas, restando muitas vezes que o Poder judiciário, mais especificamente o STF, faça o controle de constitucionalidade dessas leis, corrigindo e invalidando esses retrocessos.

A metodologia apresentada neste estudo é de temática exploratória, natureza básica e abordagem qualitativa, empregada quando se busca percepções e entendimento sobre a natureza geral de uma questão, abrindo espaço para a interpretação. Quanto ao procedimento, utilizar-se-á a pesquisa bibliográfica, com base na construção doutrinária, jurisprudencial e normativa, por meio de um estudo desenvolvido com base em material publicado em livros, revistas, documentos oficiais e redes eletrônicas que tenham relação com o objeto de estudo. Os dados coletados serão registrados, analisados, interpretados e discutidos à luz das referências de que tratam o tema central que norteia esse artigo.

Finalmente, a relevância social e científica justifica-se por fomentar a discussão em torno da justiça social e dos direitos das mulheres, que, para parcela da doutrina, são conquistas da segunda geração dos Direitos Humanos, e que foram alcançados ao patamar de direitos fundamentais com a Carta Cidadã de 1988. No entanto, o legislador infraconstitucional ainda não efetivou por completo esses comandos, tendo, inclusive, algumas vezes, retrocedido na proteção dessas garantias. Este estudo, portanto, é parte do debate de questões ligadas aos direitos das mulheres e sua relação com o Direito do Trabalho.

2 EVOLUÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS FEMININOS

Desde o início da civilização a mulher sofre opressão e discriminação por conta do seu gênero, se encaixando em um papel de subordinada e o pátrio poder sempre existindo de forma subsidiária. Inclusive, a mulher casada necessitava da autorização do marido para dar eficácia a seus atos no âmbito civil. Em relação ao mercado de trabalho, ela era explorada e não se existia respeito algum, conseqüentemente, recebendo salários inferiores comparado ao do homem.

Diante de todo esse desajuste de direitos, a mulher ao longo dos anos vem carimbando a sociedade com tenacidade, objetivando conquistar seu espaço no mercado de trabalho. Enfrentou muitos obstáculos, esforços de décadas para que atualmente fossem recompensadas a ter seus direitos garantidos e a viabilizar a sua inserção no mercado de trabalho, conseguindo fazer valer seus direitos trabalhistas diante de uma sociedade que até então fora monopolizada pela força masculina.

A inserção da mulher no mercado de trabalho ocorreu com a I e II Guerra Mundial (1914 – 1918 e 1939 – 1945), nessa época os homens precisavam ir as batalhas, e dessa forma quem assumia os negócios da família e a posição do homem no mercado de trabalho era a mulher (LESKINEN, 2004). Posteriormente, já no século XIX, consolidou-se o capitalismo, devido a Revolução Industrial, logo foi essencial a inserção da mão-de-obra da mulher nas fábricas.

Contudo, ainda que no início do século XX o processo de industrialização fosse o portal de entrada face ao período das Grandes Guerras, para a inserção da mulher no mercado de trabalho, marcando uma grande conquista, não eram valorizadas. Se tornou um período de grande exploração do trabalho feminino, pois os empresários optavam pelas mulheres na indústria, porque elas se submetiam a jornadas laborativas exaustivas, a salário inferior ao dos homens, se sujeitavam a trabalhos em condições degradantes e faziam além de suas obrigações, para que assim garantissem seu emprego. Logo, o aumento da participação feminina no mercado de trabalho era cercado de discriminações.

Ocorre que, a partir desse quadro discriminatório e a busca incessante das mulheres pela consolidação do gênero feminino no ambiente de trabalho acarretou

a busca por organizar o direito a tratamento equânime, para assim, garantir a justiça e o bom senso diante de seres totalmente diferentes, perante as condições divinas impostas para cada um deles.

Assim, as primeiras regulamentações inerentes à mulher no mercado de trabalho ocorreram no ano de 1942, quando a Inglaterra vedou o trabalho das mulheres em subterrâneos. Em 1844 a conquista pela redução da jornada de trabalho para 10 horas e meia. Já na França em 1848 surgiram as leis de proteção ao trabalho feminino, ademais na Alemanha o surgimento do código Industrial. Cumpre ressaltar o Tratado de Versailles que estabelecia a igualdade salarial entre homens e mulheres.

Também, no Brasil no ano de 1943 houve a promulgação da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho) reconhecendo o avanço na publicação de normas protetivas a mulher, consubstanciando as matérias pertinentes ao trabalho e o exercício da atividade laborativa da mulher.

Posteriormente, em 1944, obtivemos alterações na CLT, passando a admitir o trabalho noturno e algumas atividades na condição que esta seja maior de 18 (dezoito) anos. Sendo assim, o capítulo III do Título III, destinado ao trabalho da mulher, na seguinte ordem: I- da duração, condições do trabalho e da discriminação contra a mulher; II- do trabalho noturno; III- dos períodos de descanso; IV- dos médicos e locais de trabalho; V- da proteção a maternidade e VI- das penalidades.

Ao estudar o conteúdo de tais normas, o que se verifica é que no ínfimo de cada regra se busca a proteção da mulher a garantir sua saúde, sua moral e sua capacidade reprodutiva, em prol de assegurar a dignidade da pessoa humana. Muito embora, ainda que, se tenham normas de proteção a mulher, estas não são suficientes para sanar as peculiaridades do gênero feminino. Por isso, ainda se existe discussões acerca do assunto, visando assim, sanar tais défices.

Araújo e Mourão em sua obra cita Norberto Bobbio, que corrobora do seguinte pensamento: “Toda a superação desta ou daquela discriminação é interpretada como uma etapa do progresso da civilização. Jamais, como em nossa época, foram postas em discussão as três fontes principais de desigualdade entre os homens: a raça, o sexo e a classe social”.

Diante do exposto, é necessário observar as formas que o legislador utilizou para promover à proteção que hoje é oferecida a mulher trabalhadora. Com por exemplo a Constituição Federal de 1988 consolidou diversos direitos fundamentais do indivíduo e da coletividade em diversos âmbitos. Assim, ratificou o direito à igualdade como um dos basilares na formação do Estado Democrático de Direito, a fim de assegurar os direitos sociais e individuais, bem como a liberdade, a segurança, o bem-estar, dentre outros a inviabilizar o tratamento desigual numa sociedade tida como fraterna. Contudo, tem sido desmerecido a igualdade de gênero em todos os campos da vida, com foco a discriminação da mulher no mercado de trabalho.

Dos princípios fundamentais elencados na Constituição Federal, destaco o artigo 1º, os incisos III “a dignidade da pessoa humana” e IV “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”. Estes incisos juntos traduzem a liberdade, igualdade e não-discriminação, assegurando constitucionalmente o tratamento ordenado e justo a homens e mulheres no ambiente laborativo.

Pois bem. Seguindo essa mesma linha de raciocínio e buscando esclarecer de forma objetiva a evolução dos direitos da mulher no mercado de trabalho, nesse mesmo sentido é concedido ao período de maternidade a normatização especial pela Carta Magna, dessa forma, autorizando vantagens superiores do que se é

ofertado ao homem, mesmo a mulher não estando em estado grave, é concedido a tal, privilégios, visando assim, a busca pela equidade. Esse entendimento foi retirado de alguns dispositivos, como exemplo o art.7º, XVIII, que trata da licença à gestante por 120 (cento e vinte) dias, como também o art.226 que trata do preceito valorizador da família.

Por conta disso, qualquer norma que venha tratar sobre a maternidade, precisa se sensibilizar no sentido de se ter um olhar diferenciado a luz da nossa querida carta magna, valorizando os critérios utilizados por nossa lei maior.

Incorre que, mesmo que com as conquistas existentes em relação ao gênero feminino, alguns deles demonstrado ao longo desse capítulo, é imperioso por parte do ordenamento jurídico reconhecer e tratar taxativamente as especificidades do gênero feminino no ambiente de trabalho a garantir de forma integral os direitos trabalhistas da mulher, sem deixar dubio para fins de reformas que as prejudiquem.

Nesse mesmo contexto, de evolução dos direitos trabalhista da mulher, insta salientar, que no discurso da Ministra Rosa Weber na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5. 938/DF, a doutora relata sobre o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), promulgado no Brasil pelo Decreto 591 de 06/07/1992, pois o mesmo, concedeu proteção especial às mães por um período de tempo razoável antes e depois do parto, reconhecendo assim, o direito de usufruir da saúde física e mental.

Nesse entendimento, buscando assim à concretização da igualdade material de gênero no período em que a mulher está concentrada nos cuidados com a vida familiar.

Segundo Barros, “As medidas destinadas a proteger as mulheres em decorrência da gravidez ou de parto, vinculadas a um contrato de trabalho, não constituem discriminação; seu fundamento reside na salvaguarda da saúde da mulher e das futuras gerações” (BARROS, 1995, p. 39).

Em verdade, o que se busca ao longo das décadas de conquistas é a consolidação do valor social, bem como, do trabalho e do princípio da dignidade da pessoa humana.

3 DIREITOS TRABALHISTAS REFERENTE À MATERNIDADE

É notório que, não foi nada fácil para as mulheres o decurso de inserção no mercado de trabalho, e ainda nos dias atuais a luta é contínua por direitos iguais, pois a sociedade ainda não estimou que o gênero tem uma maestria para atuar no mercado de trabalho simultaneamente a suas multifaces: mulher, esposa, mãe e trabalhadora. Ou seja, que mulheres são plenamente capazes de serem bem-sucedidas em ambas as esferas da vida.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 com suas raízes fincadas sobre a democracia e direitos e garantias fundamentais e sociais e individuais a erguer a sociedade alçada nos valores supremos de igualdade e da justiça social, que inseriu o artigo 6º do Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, no capítulo II, que trata dos Direitos Sociais, diversas garantias e proteções à mulher gestante.

Pois bem. Adentrando a relação de emprego x maternidade eis que se configura para a trabalhadora-mãe um lapso temporal de vulnerabilidade, visto que a mesma se desdobra em multitarefas de cunho pessoal, familiar e laborativo, logo,

insta valorizar a maternidade e seu papel social. Assim, se faz essencial a observância do texto constitucional seletivo a atenção da proteção direta.

O artigo 7º da CF elenca os direitos fundamentais do trabalhador, dentre eles o XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias; XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei e XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas; o art. 201 da CF: da previdência social, II – proteção à maternidade, especialmente à gestante; o art. 203 da CF: da assistência social, I – a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; e os arts. 226 e 227 da CF: proteção especial do Estado à família, que é a base da sociedade.

Da mesma maneira que, a garantida da estabilidade da gestante contida no art. 10, II, “b” do ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), com fulcro a impelir balizas à liberdade de organização e administração do empregador perante a trabalhadora-mãe, assegurando equidade no exercício do labor e no desempenho do papel familiar.

Ora, o exposto, a Constituição Federal de 1988 se perfaz a atrelar saúde e a tutela da pessoa humana, ao passo que desprestigia a redução ao direito à saúde à dimensão prestacional.

Neste seguimento, afirma Ferreira Filho: “A previsão para descanso remunerado da gestante, antes e depois do parto, atende a duas finalidades: por um lado, protege o trabalho da mulher, enquanto por outro atende a um elevado objetivo social, qual seja a defesa da família e da maternidade”.

Diante do exposto, é extraído dos dizeres do autor que a proteção à gestante recobre diversas finalidades, tais como: conservação e perpetuação da espécie, funções sociais, funções socioeconômicas e a dignidade da mulher-esposa- mãe-trabalhadora, a democracia e demais outras funções.

Ademais, as normas de proteção à gestante transcendem o disposto na Constituição Federal, há um vasto arcabouço de leis e normas infraconstitucionais a tutelarem a trabalhadora-gestante.

Nesse sentido, a CLT (Consolidação das Leis do Trabalho) além de tutelar a proteção do trabalho da mulher dedicou a seção V especificamente para assegurar os direitos da maternidade antes, durante e depois do parto. Vejamos:

Do art. 391 ao 391-A a proteção contra a dispensa da mulher pelo seu estado gravídico; do art. 392 ao 392-C o direito à licença- maternidade sem prejuízo laboral e remuneratório, estendido também a mãe adotante; do art. 393 ao 394-A especificidade das garantias de direitos à mulher no período gestacional e a faculdade do rompimento da relação de emprego quando este for maléfico à gestação; o art. 395 prevê repouso laboral remunerado para o aborto não criminoso e do art. 396 ao art. 400 os direitos advindos após o nascimento do bebê, como por exemplo a amamentação, locais de guarda, dentro outros.

Por isto, a CLT e demais normas infraconstitucionais devem se coadunar em harmonia com a lei fundamental. É reconhecido e visto no esposado acima o empenho legislativo para atender as especificidades do gênero feminino no âmbito do trabalho. O direcionamento se faz ao aperfeiçoamento dos institutos protetivos já existentes a atender e a acompanhar a transmutação dos direitos da mulher trabalhadora e da maternidade que venham a surgir.

Porém, nem todas as mudanças legais atendem as especificidades do gênero feminino face a maternidade no mercado de trabalho ou pior, mudanças estas que retroagem a direitos já consolidados pelas mulheres, desmantelando conquistas

normativas já conquistadas. A exemplo, o foco do presente artigo com a ADIN 5.938/DF que reprovou a redação do art. 394-A da CLT proposta pela Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017) ao reconhecer que a inovação proposta não aprimorou os institutos protetivos da mulher gestante e sim, violou a proteção à família, igualdade de gênero, aos valores sociais do trabalho e à saúde.

3.1 DIREITOS TRABALHISTAS REFERENTE A INSALUBRIDADE

O ambiente insalubre se configura com a exposição do trabalhador a fatores cotidianos elevados a normalidade, tido como de risco, pois podem ocasionar malefícios a saúde, seja pelo seu ambiente, tempo de exposição ou intensidade, por exemplo umidade, radiação, ruído, etc.

Nesse contexto, leciona o artigo 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. (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977).

Dessa forma, entende-se que, ambiente insalubre de trabalho é todo aquele em que o trabalhador fica exposto a agentes físicos, químicos ou biológicos que sejam capazes de causar danos à saúde.

Neste sentido salienta Buck (2015, p. 72), agentes químicos de agentes biológicos nos seguintes moldes:

[...] os agentes químicos podem ser encontrados nas formas gasosa, líquida e sólida; quando absorvidos pelo nosso organismo, por via respiratória, através da pele ou por ingestão, produzem na maioria dos casos, reações que são chamadas de venenosas ou tóxicas. Como exemplos: poeiras, fumo, neblinas, gases, névoas, vapores etc.⁵⁰ Os agentes biológicos são micro-organismos presentes no ambiente de trabalho como bactérias, fungos, vírus, protozoários, bacilos, parasitas, entre outros. São invisíveis ao olho nu, sendo visíveis apenas ao microscópio.

Tendo em vista o que foi apontado, os agentes insalubres são altamente nocivos sobre o organismo humano. Observando que todo o trabalho desenvolvido gira em torno das gestantes e do nascituro.

A respeito, Melissa A. McDiarmid et al. comentam:

Reprodução é um processo complexo e vulnerável. A reprodução normal exige uma grande interação entre os processos anatômico e fisiológico. Os mecanismos hormonais envolvidos na reprodução exigem interações precisas entre o hipotálamo, a pituitária, e ovário ou testículo. Os incríveis mecanismos imunológicos que permitem que o tecido estranho do feto sobreviva dentro da mãe, somente agora começaram a ser elucidados. [...]. Exposições ocupacionais não são a causa da maioria dos distúrbios reprodutivos, mas a exposição ocupacional pode causar sérios problemas reprodutivos, que são inteiramente evitáveis. [...]. A exposição tóxica durante a gravidez pode causar malformação ou morte do feto. Atribuem-se a algumas exposições, problemas neuropsiquiátricos ou cânceres descobertos mais tarde na infância.

Outras exposições podem levar a problemas de saúde que não são detectados antes da idade adulta. (McDIARMID et al., 2005. p. 1575).

Quanto aos efeitos maléficos da exposição da mulher gestante a agentes infecciosos, é importante salientar que:

Em alguns casos, o trabalho pode expor o indivíduo a agentes infecciosos. Isto pode ocorrer com profissionais de saúde em hospitais e clínicas, e em atividades de controle de vetores de doenças endêmicas, como a malária. Infecções de diferentes tipos podem resultar em comprometimento da fertilidade [...] e em desfechos adversos da gravidez. Rubéola, citomegalovírus, por exemplo, são infecções virais do complexo conhecido pelo acrônimo TORCH (Toxicoplasmose, Outros tais como coxsackie, sífilis, varicela-zoster, HIV, parvovírus B19, Rubéola, Citomegalovírus e Herpes simplex vírus-2), que reúne agentes infecciosos capazes de causar malformações congênitas, perdas gestacionais e morte fetal. As infecções TORCH, 62 durante a gravidez, geralmente envolvem doença materna oligossintomática²⁶ e graves danos aos bebês, como retardo do crescimento intrauterino, coriorretinite, microcefalia e calcificação focais no cérebro. Além das infecções TORCH, a gravidez não só agrava a evolução clínica da malária, como causa retardo de crescimento pré-natal e aumenta o risco da prematuridade e abortamentos [...]. (PAUMGARTTEN, 2013, p. 1496-1497, grifos do autor).

Diante do exposto o interessante seria que o ambiente de trabalho fosse sempre saudável e seguro para preservar a saúde, bem como a vida dos empregados, de forma especial das gestantes, proporcionando bem-estar e segurança, porém, nem sempre acontece desse modo. Assim, corriqueiramente é constatado o desempenho de atividades em condições prejudiciais à saúde ou que coloque em risco a integridade física do trabalhador.

Dessa forma, em relação ao ambiente de insalubridade, para evitar danos à vida e à saúde do nascituro e da gestante, deve o empregador, promover a transferência da empregada gestante para exercer suas funções em local salubre. Não ocorrendo desse modo, seria uma afronta a nossa carta magna, pois, violaria um direito a dignidade, e também, a equidade, pois desse modo, coloca a mulher gestante em um patamar desigual em relação ao homem.

4 A REFORMA DO ARTIGO 394-A DA CLT

A Reforma Trabalhista tem como objetivo atualizar, melhorar e modernizar a CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), que é uma norma referente ao direito do trabalho, que foi criada em 1º maio de 1943 pelo Decreto-lei nº 5.452, que é o instrumento que regula as relações de trabalho. Porém, diante da dinâmica da vida, do fenômeno da globalização, dos inúmeros avanços tecnológicos, se faz necessário atualizar e aperfeiçoar as leis de trabalho. E foi isso que aconteceu em 2017, a Reforma Trabalhista ocorreu para que se existisse uma adequação baseada nas novas realidades.

A referida Reforma Trabalhista foi sancionada em 13 de julho de 2017 pelo Presidente Michel Temer, Lei Nº 13.467, e passou a vigorar em 11 de novembro 2017. Essa atualização da lei está sendo um dos temas mais discutidos na política

brasileira na atualidade. Pois com a existência de alterações é natural que as inovações sejam debatidas e comentadas. Afinal de contas, se trata de um tema de impacto direto com questões essenciais de desenvolvimento do país.

Pois bem. Essa não foi a primeira vez e provavelmente não será a última vez que a CLT sofrerá alterações. Desde a criação da lei que regulamenta as leis de trabalho, ou seja, de 1943 para cá, muitos artigos, incisos e parágrafos foram reescritos, eliminados ou acrescentados. Justamente, visando essa melhoria, atualização e aperfeiçoamento das relações no âmbito do meio de trabalho. Não deixando cair no esquecimento que o direito do trabalho tem como objetivo principal estabelecer harmonia, justiça e proteção ao trabalhador.

Para Guimarães (2007, p.13), trata que:

Há também alguns princípios do Direito do Trabalho; princípio da proteção que se refere ao critério fundamental que orienta o direito do trabalho. Outro princípio desse mesmo Direito seria o propósito de igualdade, que objetiva estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador.

Ocorre que, diante das inúmeras mudanças ocasionadas por conta da Reforma Trabalhista, estamos abordando de maneira específica nesse artigo a alteração em relação ao afastamento da gestante que só será realizado da atividade e ambiente insalubre caso seja de grau máximo. De forma especial em face da expressão, vejamos: “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.

Antes da Reforma Trabalhista dizia o artigo 394-A da CLT que: “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”. Agora o texto da nova lei prevê:

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".**

§ 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 § 3º".

Como se infere da lei nova as mulheres grávidas não podem trabalhar em local de insalubridade máxima e nos demais (grau médio e mínimo) só serão afastadas se houver atestado recomendando a necessidade de afastamento, assinado por um médico. Já as lactantes, de acordo com a lei, poderão trabalhar em locais de insalubridade máxima, exceto se houver pedido médico (§ 3º).

O intuito da redação anterior era proteger a mulher grávida, pois esse objetivo encontra respaldo em fundamento científico, porque, o trabalho em ambientes insalubres é prejudicial não só às trabalhadoras em qualquer situação, mas, principalmente, às gestantes e lactantes. A intenção era proteger a mulher e o feto dos respectivos riscos ocasionados por se trabalhar em um ambiente insalubre. Com a reforma trabalhista, e com a alteração desse artigo, mostrado acima, é notório que tanto a mulher quanto o feto serão gravemente lesados. Imagine uma mulher gestante trabalhando em ambiente insalubre, não deveria nem existir tal possibilidade. A questão em pauta não é de simples solução, uma vez que envolve a saúde de vidas humanas. O assunto é tão delicado que foi alvo de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.938, na qual foi julgada procedente.

5 JULGAMENTO DA ADIN 5.938/DF

Meritório, o propósito do legislador ao formular o artigo 394-A da Consolidação de Leis Trabalhistas, que está sob o intuito de proteger não só a vida e a saúde da trabalhadora mulher grávida e lactante, como também, em atenção, a vida e a saúde física e mental do nascituro, desde o período da concepção até o término da lactação, pois, sabiamente, o trabalho em ambiente insalubre pode ocasionar graves prejuízos ao feto ou ao bebê. Nesse contexto, vejamos:

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

Isso em razão de, o legislador não discernir as sequelas dos inúmeros agentes nocivos, além de não citar outras situações passíveis de acarretar lesão à vida e à saúde da trabalhadora grávida ou lactante e ao ser concebido ou criança. Ressalta-se que, os primeiros três primeiros meses de gestação são considerados os de maiores riscos.

Nesse espectro, o médico e pesquisador da Fundação Oswaldo Cruz, Francisco José Roma Paumgarten elucidada:

Os efeitos da exposição materna sobre o desenvolvimento do concepto dependem da época em que ocorre. Acredita-se que antes da implantação (dia 6 a 7,5 pósconcepção), resposta é do tipo “tudo-ou-nada”, *i.e.*, ou o embrião não é afetado pela exposição, ou esta resulta na sua morte. A possibilidade de exposições pré-implantação causarem malformações congênitas foi sugerida por alguns estudos experimentais, mas a literatura a respeito é controversa. As dismorfologias são produzidas fundamentalmente por exposições que ocorrem durante o período de embriogênese ou organogênese (primeiro trimestre), quando a estrutura básica do corpo e seus órgãos é formada. No período de crescimento e maturação fetal, que se prolonga até o parto (segundo e terceiro trimestres), os efeitos mais frequentes são o retardo do crescimento intrauterino e as deficiências funcionais, incluindo as alterações neurocomportamentais, que aparecem após o nascimento. (PAUMGARTTEN, 2013, p. 1486).

As lacunas existentes no dispositivo legal podem contribuir para propagação de discriminação na admissão de mulheres, já que o agente nocivo no desempenho da atividade laborativa nada interfere no sexo masculino, pois este não tem as mesmas necessidades biológicas peculiares que o sexo feminino precisa se a ter.

Por isto, a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 6º, visou a proteção à maternidade contida nos direitos sociais e garantiu à trabalhadora a licença a maternidade sem quaisquer prejuízo de emprego e salário (art. 7º, inciso XVIII). Em acréscimo, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) no parágrafo 4º do artigo 392 além de reforçar o previsto na constituição acrescentou o direito a transferência de função quando as condições de saúde carecer, garantindo o retorno a função antes exercida posteriormente ao retorno do labor. Observe-se que, o objetivo de atender as especificidades à saúde da trabalhadora mãe e da sua prole, além de rechaçar a discriminação ao trabalho feminino.

Desse modo, observa-se que a modificação do artigo 394-A da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho) nos incisos II e III, em razão de permitir a prestação de serviços por empregada gestante nos graus médio e mínimo e pela lactante em qualquer grau, condicionado à recomendação do afastamento atestado por médico de sua confiança, não estão balizados na proteção dos direitos sociais, bem como nos direitos fundamentais e de gênero. Esse fato deixa evidente que, não raras vezes, as alterações legislativas que surgem, até mesmo sob o argumento de atualização em prol de abarcar novas necessidades que surgem para se assegurar a proteção à saúde da gestante e sua prole e aos direitos sociais, acabam criando o efeito inverso, que é a derrubada de direitos sociais conquistados ao longo de importantes lutas e processos históricos.

Pelo exposto, a alteração promovida pela Lei nº 13.467/2017 na redação do art. 394-A da CLT, acarreta retrocesso social, visto que revoga a norma que vedava o trabalho da empregada gestante e lactante no ambiente de trabalho pela Lei nº 13.287/2016, além do aviltamento ao direito fundamental à saúde da mãe trabalhadora, ao passo que transfere ao sujeito tutelado a responsabilidade pela conveniência do afastamento do trabalho.

Nesse contexto, a Ministra Rosa Weber diz:

Em verdade, permeado em todo o texto constitucional o compromisso da consolidação do valor social do trabalho e do princípio da dignidade da pessoa humana, o ordenamento jurídico brasileiro não ser *“transmudado de modo a vilipendiar os valores construídos na sociedade brasileira e os direitos fundamentais nas relações de trabalho”*. Ao contrário, as balizas erigidas pela Constituição Cidadã direcionam o legislador ao *“aperfeiçoamento dos institutos protetivos já existentes, no sentido de otimização dos direitos fundamentais no trabalho”*⁹. O princípio do não retrocesso social obsta o desmantelamento das conquistas normativas já alcançadas em determinado contexto social. (ACORDÃO - Voto da Ministra na ADIN 5.938, pág. 24)

Nessa mesma vertente, Ana Paula de Barcellos, fundamenta:

A vedação do retrocesso, por fim, e uma derivação da eficácia negativa, particularmente ligada aos princípios que envolvem os direitos fundamentais. Ela pressupõe que esses princípios sejam concretizados através de normas infraconstitucionais (isto é: frequentemente, os efeitos que pretendem produzir são especificados por meio da legislação ordinária) e que, com base no direito constitucional em vigor, um dos efeitos gerais pretendidos por tais princípios e a progressiva ampliação

dos direitos fundamentais. Partindo desses pressupostos, o que a vedação do retrocesso propõe se possa exigir do Judiciário e a invalidade da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente. Isto é: a invalidade, por inconstitucionalidade, ocorre quando se revoga uma norma infraconstitucional concessiva de um direito, deixando em seu lugar um vazio ou uma regulamentação tão irrelevante que, caso editada originariamente, não teria sido capaz de concretizar o direito fundamental. Não se trata, e bom observar, da substituição de uma forma de atingir o fim constitucional por outra, que se entenda mais apropriada. A questão que se põe é a da revogação da norma infraconstitucional, pela qual o legislador esvazia o comando constitucional, exatamente como se dispusesse contra ele diretamente.

Consoante o entendimento acima, o Ministro Alexandre de Moraes consentiu a liminar. Escora-se o ministro que a proteção das gestantes e lactantes em executarem suas atividades laborativas em ambientes insalubres se caracteriza como direito social (art. 6º da CF), pois este opera na salvaguarda da mãe e da criança, tido como um direito de dupla titularidade.

Assim, a cautelar concedida sustou o atestado de saúde, constante no artigo 394-A e incisos II e III, da necessidade de ostentar atestado médico para gozar do afastamento nos graus exigidos pela Reforma Trabalhista.

Posteriormente, retoma-se a desavença em plenário do STF para pronunciar sobre o mérito da ADIN nº 5.938/DF e o resultado foi de aprovação pela maioria: dez contra um, sob o mesmo entendimento constante na cautelar, logo ratificou a inconstitucionalidade da norma e vedou a proibição do trabalho insalubre pela grávida e a lactante.

Em observância, é de suma importância refletir acerca do posicionamento do Ministro Marco Aurélio, pois foi o único a divergir com os demais, vejamos:

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.” (ACORDÃO - Voto do Ministro na ADIN 5.938, pág. 84 e 85)

Ou seja, o posicionamento do Ministro representa a voz e a concordância por muitos cidadãos retardatários que desmerecem a luta dos direitos femininos, menospreza a Constituição Federal, abraça o retrocesso social e ridiculariza a Ordem e Progresso estiadados na bandeira do nosso país.

No entanto, a estimável maioria dos votos, rechaçou o retrocesso social, reconheceu a igualdade material e exaltou a mulher. Pois, ratificou que a mulher detém de uma condição peculiar: a condição de permitir o desenvolvimento de uma vida em seu corpo para que este venha ao mundo. Logo, por ser condição pertencente somente a mulher, da qual é responsabilidade máxima a perpetuação da espécie que, já se fundamenta a necessidade de um tratamento distinto pelo legislador.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto na pesquisa, é perceptível que as imprudências do legislador acarretaram danos insupríveis até que se chegasse na decisão do mérito prolatada pelo STF, tanto a vida da trabalhadora-mãe quanto da sua prole. É fato, o legislador, ao redigir atualização do artigo 394-A, foi relapso as peculiaridades da mulher no ambiente de trabalho.

Compreende-se que é função do legislador aprimorar as leis a atender a sociedade. Atrelado a este fator, cabe a Consolidação das Leis Trabalhistas assegurar segurança ao trabalhador, elo vulnerável nas relações de trabalho. Contudo, a Reforma trouxe o aviltamento dos direitos que já eram assegurados. Dessa maneira, a alteração atingiu especificamente as mulheres, resultando num retrocesso nas conquistas das lutas feministas.

Ademais, a modificação no artigo 394-A está em discordância com a Constituição Federal de 1988, pois violou o princípio da proibição ao retrocesso social. A majestosa inconstitucionalidade da norma provida pela Ação Direta de Inconstitucionalidade nº5.938/DF pela maioria final dos Ministros do STF de dez votos contra um impediu a discriminação da mulher no mercado de trabalho.

Cumpram-se ressaltar que, caso a norma continuasse da forma trazida pela Reforma estaria nitidamente vilipendiando dispositivos constitucionais sobre proteção à maternidade, à gestante, ao nascituro e ao recém-nascido; violaria a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e o objetivo fundamental da República de erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais; desprestigiaria a valorização do trabalho humano e não asseguraria a existência digna; afrontaria a ordem social brasileira e o primado do trabalho, bem-estar e justiça sociais; e vulneraria o direito ao meio ambiente do trabalho equilibrado, além dos preceitos constitucionais citados, aponta violação do princípio da proibição do retrocesso social.

Em suma, a vitória é nossa, pensamentos retrógrados não prevaleceram. O julgamento da ADIN. 5.938/DF foi louvável a respeitar a Constituição Federal e valorizar os direitos femininos trabalhistas sofridamente conquistados.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Adriane Reis de; MOURÃO, Tânia Fontenele. **Trabalho da Mulher:**

Mitos, riscos e transformações. São Paulo. 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Anotação preliminar sobre o conteúdo e as funções,** p 39.

BARROS, Alice. **A mulher e o direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 1995

BUCK, Regina Célia. **Cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade.** 2. ed. São Paulo: LTr, 2015.

BRASIL, **Constituição Da República Federativa Do Brasil:** Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2016.

BRASIL, **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.938/df.** Disponível em:

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768203190/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-5938-df-distrito-federal-0069830-372018100000/inteiro-teor-768203200>. Acesso em: 20.05.2021

BRASIL, **Consolidação das Leis do Trabalho** – CLT e normas correlatas. – Brasília : Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017. 189.

Disponível em:

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768203190/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-5938-df-distrito-federal-0069830-3720181000000/inteiro-teor-768203200>. Acesso em: 20.05.2021

BRASIL, **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm
dos princípios. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.;

BRASIL, **Legislação Informatizada - CONSTITUIÇÃO. ADCT DE 1988**.

Disponível em:

<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/conadc/1988/constituicao.adct-1988-5-outubro-1988-322234-publicacaooriginal-1-pl.html#:~:text=Ato%20das%20Disposi%C3%A7%C3%B5es%20Constitucionais%20Transit%C3%B3rias.&text=Art.,na%20data%20de%20sua%20promulga%C3%A7%C3%A3o>.

BRASIL, **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Reforma trabalhista. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à constituição brasileira de 1998**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1990.

GUIMARÃES, J. C. S. **Roteiro de Legislação Trabalhista**. 5ª Ed. São Paulo, Editora Linotec, 2007.

LESKINEN, M.: “Educación una clave hacia la igualdad”, Revista Observatorio Social, núm. 5, 2004.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 8. ed. São Paulo, SP: Atlas; GEN, 2017. 346 p.

McDIARMID, Melissa A. et al. **Patologia da reprodução relacionada com o trabalho**. In: MENDES, René (organizador). Patologia do trabalho. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Editora Atheneu, 2005, p. 1573-1597.

PAUMGARTTEN, Francisco José Roma. **Doenças da reprodução e malformações congênitas relacionadas com o trabalho**. In: MENDES, René (organizador). Patologia do trabalho. 3. ed. São Paulo: Editora Atheneu, 2013, p. 1479-1499.