

A REFORMA TRABALHISTA E A PROTEÇÃO DO TRABALHO DA GESTANTE NO AMBIENTE INSALUBRE

Gabriela Duarte Soares¹

Carline Harma Hoogerheide²

Everton Machado Pereira³

RESUMO: O presente Trabalho de Conclusão de Curso trata de dois temas vivenciados por muitas mulheres, a maternidade e a carreira. Reflete-se a abordagem da questão da proteção ao trabalho da gestante em ambientes insalubres, com o fito de verificar se este foi relativizado pelo advento da Lei 13.467/17 (Reforma Trabalhista) e de que maneira isso pode afetar, tanto a gestante quanto o nascituro, no tocante à constitucionalidade ou não de tais mudanças. Neste sentido, o primeiro tópico consiste em uma explanação dos marcos históricos de proteção ao trabalho, especificamente, o trabalho da mulher. De modo que, no segundo tópico demonstrou-se a proteção à mulher gestante, bem como se fez um paralelo entre a insalubridade e a maternidade, para, dessa forma, chegar aos pontos trazidos pela Reforma Trabalhista. Assim, no terceiro e último tópico, exploram-se as mudanças, a fim de demonstrar se as mesmas são constitucionais ou não. Para se chegar a esta conclusão, em um primeiro momento realizou-se uma pesquisa ampla sobre os temas que envolvem o trabalho e a maternidade e, em seguida, analisou-se por meio da Constituição Federal e princípios norteadores a constitucionalidade das mudanças trazidas pela Reforma Trabalhista.

Palavras-chave: Reforma Trabalhista. Gestante. Insalubridade.

ABSTRACT: This Course Conclusion Paper deals with two themes experienced by many women, motherhood and career. The approach to the question of protecting the pregnant woman's work in unhealthy environments is considered, with the purpose of verifying whether this was relativized by the advent of Law 13467/17 (Labor Reform) and how this may affect both pregnant and with respect to the constitutionality or not of such changes. In this sense, the first topic consists of an explanation of the historical landmarks of work protection, specifically, the work of women. So the second topic was the protection of pregnant women, as well as a parallel between unhealthy and maternity, in order to reach the points brought by the Labor Reform. Thus, in the third and last topic, changes are explored in order to demonstrate whether they are constitutional or not. In order to arrive at this conclusion, in the first moment a broad research was carried out on the themes that involve work and maternity, and then, through the Federal Constitution and guiding principles, the constitutionality of the changes brought about by the Reformation Labor

Keywords: Labor reform. Pregnant. Unhealthy.

INTRODUÇÃO

O presente estudo é relevante, pois, além de explanar a evolução do direito do trabalho da mulher, demonstra o quanto o mesmo foi alterado ao longo do tempo. Igualmente, demonstra a efetivação desses direitos e a razão pela qual não podem ser diminuídos.

¹ Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade de Balsas (Unibalsas).

² Professora do Curso de Direito da Faculdade de Balsas (Unibalsas).

³ Professor do Curso de Direito da Faculdade de Balsas (Unibalsas).

A proteção ao trabalho da gestante pode ser considerada uma importante ferramenta para estudo, tendo em vista que as mulheres estão cada vez mais alcançando o seu espaço no mercado de trabalho atual.

Ao longo dos anos a mulher vem ganhando destaque na sociedade com perseverança na busca pelo seu lugar na sociedade e, conseqüentemente, no mercado de trabalho, passando por diversos obstáculos. Em Nova York, as greves foram um impulso para que as mesmas garantissem tais conquistas. Já no Brasil, a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), em 1943, reuniu diversas normas de proteção à mulher no ambiente laboral, assim como a promulgação da Constituição Federal (CF) de 1988, que marcou uma importante fase no Direito do Trabalho, garantindo às mulheres, condições de igualdades com os homens.

Atualmente, como recompensa pelo esforço de décadas, está tornando-se mais corriqueira a inserção da mulher no mercado de trabalho, fazendo valer o direito à igualdade prevista na Constituição, o que lhe possibilita direitos sociais/trabalhistas, onde até então o mercado de trabalho era dominado pela força masculina.

Sabe-se que a vida é o primordial direito do ser humano, cabendo-se ao Estado zelar por ele desde o momento da concepção. Uma maneira eficaz de efetivar tais direitos concretiza-se com a proteção à maternidade. Ao analisar o ambiente de trabalho é importante destacar as atividades insalubres, que são aquelas que expõem o empregado a agentes nocivo à saúde, acima dos limites de tolerância, o que pode causar complicações ao longo do tempo. Dessa forma, a CLT contém dispositivos que tratam acerca deste assunto, proibindo que a gestante trabalhe em qualquer local insalubre.

Porém, com o advento da Lei 13.467/2017 essa proibição foi um pouco relativizada, o que, de acordo com os fundamentos da República Federativa do Brasil, pode não ser considerado constitucional o que se resta caracterizado pelo que está em concordância com as normas estabelecidas por uma constituição.

Para tanto, fez-se uma demonstração da proteção ao trabalho da mulher, antes e depois da Reforma Trabalhista, para assim por meio de uma explanação de instrumentos Constitucionais e alguns pareceres científicos, verificar se não há

retrocesso à proteção constitucional e humana dada ao trabalhador, resultando em grandes prejuízos para uma classe que tanto batalhou por esses direitos.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO DA MULHER

A trajetória da mulher no mercado de trabalho é produto de um conjunto de transformações culturais e históricas. Desde o surgimento da humanidade já existiam relações familiares entre homens e mulheres, quando essas nasciam e já eram educadas com o perfil ideal, o que remetia a ideia de satisfazer os homens, desenvolvendo suas atividades domésticas e atingindo o seu objetivo principal: casar e procriar (OST, 2009).

No século XIX, com a consolidação do sistema capitalista, ocorreram inúmeras mudanças na produção e na organização do trabalho feminino. Com o desenvolvimento tecnológico e o intenso crescimento da maquinaria, período também conhecido como Revolução Industrial, boa parte da mão-de-obra feminina foi transferida para as fábricas. Esta fase fez com que os homens tivessem sua mão-de-obra desvalorizada, posto que as mulheres e crianças passaram a ser mais procuradas pelo mercado de trabalho, uma vez que sua mão de obra era mais barata do que a masculina (MARTINS, 2018).

Em razão disso, as mulheres sujeitavam-se a jornadas de trabalho de 14 a 16 horas por dia, salários baixos, trabalhando muitas vezes em condições prejudiciais à saúde e cumprindo obrigações além das que lhes eram possíveis, só para não perder o emprego. Além disto, a mulher deveria, ainda, cuidar dos afazeres domésticos e dos filhos. Não se observava uma proteção na fase de gestação da mulher, ou de amamentação (MARTINS, 2018).

No fim do século XIX, a Europa passou a ter um fortalecimento de alguns movimentos feministas. As mulheres almejavam maior participação jurídica, política e maior espaço no mercado de trabalho, já que recebiam bem menos que os homens e realizavam os mesmos serviços. As mulheres finalmente tinham rompido a barreira da inércia e passaram a requerer maior igualdade com os homens (MELLO, 2016).

No que tange aos direitos das mulheres, é relevante mencionar que as

greves foram um pontapé inicial para que as mesmas garantissem alguns deles. Em Nova York, no dia 8 de Março de 1957, aconteceu à paralisação das operárias das indústrias têxteis por uma semana, causando confrontos com a polícia. Em 25 de março de 1911, mais uma greve terminou com a morte de 146 pessoas, a maioria delas mulheres em um incêndio na fábrica Triangle Shirtwaist Company.

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

Assim, o dia 08 de março ficou conhecido internacionalmente como o Dia Internacional da Mulher, por marcar importantes acontecimentos na luta das mulheres pelos seus direitos. Com o passar do tempo, as mulheres e a sociedade foram se conscientizando que a única forma de adquirir os seus direitos, seria lutando por eles, obtendo conquistas graduais e progressivas (LENZA, 2013).

1.1 A mulher e o direito trabalhista brasileiro

No Brasil, de acordo com Mauricio Godinho Delgado (2017), o direito do trabalho teve seu surgimento com a promulgação da Lei Áurea, a qual, muito embora não tenha sequer cunho trabalhista, estimulou a fórmula revolucionária de utilização da força de trabalho: a relação de emprego.

O primeiro período na evolução do Direito do Trabalho no Brasil estende-se de 1888 a 1930, onde a relação empregatícia era caracterizada no segmento agrícola cafeeiro, principalmente no estado de São Paulo. Em seguida, o segundo período teve seu início em 1930 e foi até 1945, marcado pela intensa atividade administrativa e legislativa do Estado, no segmento agroexportador de café. Neste sentido, vale destacar que em 1930 foi criado o Ministério do Trabalho, sendo esse um dos marcos mais relevantes do Direito do Trabalho no Brasil (DELGADO, 2017).

Contudo, o diploma mais importante na legislação trabalhista surge em 1943

com a CLT, a qual reproduziu um grande avanço na edição de normas de proteção a mulher trabalhadora, vez que trouxe em seu bojo um capítulo inteiro dedicado às mulheres, estabelecendo regras, visando protegê-las do preconceito e da discriminação, além de garantir a elas condições especiais de trabalho (DELGADO, 2017).

Em seguida, deu-se a promulgação da CF de 1988, caracterizando uma nova fase para o Direito do Trabalho no país, a qual conferiu uma nova posição às mulheres, garantindo condições de igualdade com os homens, principalmente na família e no trabalho, sem desconsiderar as diferenças fisiológicas entre homens e mulheres. Com o fito de eliminar do Direito brasileiro qualquer prática discriminatória contra a mulher no contexto empregatício, demonstrando a evolução da mesma no mercado de trabalho (DELGADO, 2017).

Os princípios são norteadores de todo o sistema jurídico, sendo assim, a discriminação deve sempre ser ponderada sob o prisma do Princípio da Igualdade, pois é a partir dele que se pode buscar a isonomia entre homens e mulheres, principalmente no ambiente de trabalho, eliminando a posição de submissão imposta pela sociedade. Nesta lógica, a CF (1988) esclarece:

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

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

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

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (p. 13 - 18).

Portanto, é indiscutível que todos devem ser tratados com igual respeito, independentemente de sexo. Sendo vedado qualquer tipo de discriminação, principalmente no ambiente de trabalho. Para esclarecer ainda mais, Alexandre de Moraes (2008) afirma 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 desigualam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito (p. 36).

Conforme demonstrado acima, a CF de 1988 trouxe o Princípio da Igualdade, com o intuito de demonstrar que todos os seres humanos são iguais perante a lei, fazendo-se essencial para alcançar o conceito de Justiça.

2 A PROTEÇÃO À MULHER GESTANTE

Apesar das desigualdades visíveis, a participação feminina no mercado de trabalho vem aumentando significativamente, sendo que, em alguns casos a mulher chega a ser o pilar financeiro no orçamento familiar. No entanto, um dos fatores que contribui com essa participação, sem sombra de dúvida, está negativamente relacionado com o número de filhos, o que leva muitas mulheres a adiar ou deixar de lado a maternidade. Uma vez que isto afeta o ingresso e permanência das mesmas no mercado de trabalho (PEREIRA, 2017).

Para que as mulheres possam conciliar o exercício da profissão com a maternidade, faz-se necessário que o governo, bem como a sociedade adotem mecanismos para garantir a proteção em relação a este assunto, propiciando à gestante e a lactante um ambiente de trabalho saudável e seguro ao nascituro (PEREIRA, 2017).

Assim, importa ressaltar que a CF assegura à mulher o exercício de sua função biológica quando, em seu artigo 6º, insere no rol dos direitos fundamentais, a proteção à maternidade. No mesmo rol também se encontra assegurado o direito à saúde, que deve ser garantido ao ser concebido para que ele tenha a oportunidade de nascer saudável (PEREIRA, 2017).

A maternidade merece um tratamento especial, dessa forma, combinada com alguns outros dispositivos legais, a CF confirma tal propositura. Neste sentido, preceitua Delgado (2017):

De par com isso, qualquer situação que envolva efetivas considerações e

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

Os direitos de segunda geração, de acordo com Paulo Bonavides (2005), exigem do Estado determinadas prestações materiais, sendo assim é seu dever zelar pela saúde de todos, visando à diminuição dos riscos de doenças ou outros tipos de agravos. Sendo imperioso tal cuidado, principalmente, no período de gestação, uma vez que é o momento de desenvolvimento do nascituro.

Quanto à proteção desde a concepção, muito antes do surgimento do direito, o respeito à vida humana já existia, sendo o mais fundamental dos direitos naturais, de acordo com Alexandre de Moraes (2008). Nos termos do artigo 2º do Código Civil, a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas desde a concepção os direitos do nascituro são resguardados pela lei. Nesta seara, Benedita Chaves (2000) expõe:

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

Portanto, “A vida é o principal direito do ser humano, cabendo ao Estado preservá-lo desde a sua concepção, sendo que nenhum interesse estatal pode superá-lo” (CHAVES, 2000, p. 57). A maneira de garantir tal direito concretiza-se com a proteção a maternidade, portanto as garantias previstas no ordenamento jurídico que asseguram à empregada gestante estabilidade no emprego, salário durante o período de licença-maternidade e a própria licença-maternidade, não têm por objetivo conceder privilégios às empregadas, mas sim, garantir desenvolvimento sadio do nascituro.

Para que seja possível um acompanhamento adequado, a fim de proporcionar saúde e bem-estar à mulher e ao nascituro, nas fases de gestação e

amamentação, os direitos relativos à trabalhadora gestante devem ser observados sob o aspecto das normas que tem por objetivo resguardar a saúde da mulher, e em consequência o feto, através de garantias de trabalho compatíveis com o período em que se está passando.

Neste sentido, de grande importância se faz o trecho da manifestação oferecida pelo Instituto Alana⁴, na qualidade de *amicus curiae*⁵, nos autos do Habeas Corpus nº 143641/SP, na defesa dos interesses das mulheres:

É fundamental ter em mente que o período gestacional e o momento do nascimento refletem no desenvolvimento infantil: 'O embrião ou feto reage não só às condições físicas da mãe, aos seus movimentos psíquicos e emocionais, como também aos estímulos do ambiente externo que a afetam. O cuidado com o bem-estar emocional da mãe repercute no ser que ela está gestando. [...] Quando a mulher grávida recebe apoio emocional e material do parceiro e de outros que lhe são próximos durante todo o processo, seus sentimentos de bem-estar comunicam-se ao embrião e ao feto, favorecendo o desenvolvimento saudável do bebê (SANTOS, Marcos Davi dos et al. Formação em pré-natal, puerpério e amamentação: práticas ampliadas. São Paulo: Fundação Maria Cecília Souto Vidigal, 2014, p. 19). Assim, é importante considerar a relevância da atenção pré-natal e do cuidado com o parto, para além do acompanhamento pediátrico, e entender que violações aos direitos da mulher gestante, parturiente e mãe violam também os direitos de crianças [...] (HC 143641/SP, p. 27).

Dessa forma, o legislador brasileiro alterou à CLT, através da Lei 13.287/2016, no capítulo que trata da proteção do trabalho da mulher, na seção referente à proteção à maternidade alguns dispositivos, dentre eles a vedação quanto as gestantes e lactantes laborando em atividades, operações ou locais insalubres.

2.1 Insalubridade e a maternidade

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 E KERTZMAN,

⁴ O Alana é uma organização de impacto socioambiental que promove o direito e o desenvolvimento integral da criança e fomenta novas formas de bem viver. Para tanto, estruturou-se em três frentes: Instituto Alana; AlanaLab; e Alana Foundation.

⁵ Termo de origem latina que significa "amigo da corte". Diz respeito a uma pessoa, entidade ou órgão com profundo interesse em uma questão jurídica levada à discussão junto ao Poder Judiciário.

2018).

Destarte, para a caracterização da insalubridade é necessário o preenchimento de dois requisitos de forma cumulativa, a saber: 1) que o empregado se exponha a agentes nocivos à saúde; 2) que essa exposição seja superior aos limites. Os quais estão previstos na Norma Regulamentadora nº 15 (NR 15), expedida pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE, 1978).

A legislação trabalhista brasileira prevê o pagamento de adicional sobre o salário para os casos em que é constatado que o trabalhador exerce suas atividades exposto a algum tipo de risco, acima dos limites de tolerância. Conforme preceitua o art. 192 da CLT existem três graus/níveis de insalubridade, os quais podem variar a depender da gravidade do agente insalubre ao qual o trabalhador esteja exposto. A saber: grau mínimo, que enseja um adicional de 10%, grau médio 20% e grau máximo 40% (LAPA E KERTZMAN, 2018).

Os agentes nocivos dividem-se em físicos, químicos e biológicos. Os físicos são o ruído, calor, radiações, o frio e a umidade; já os químicos são as poeiras, gases, vapores, névoas e fumos; e por fim, os biológicos são os micro-organismos e as bactérias. Regina Célia Buck (2015) diferencia agentes químicos de agentes biológicos nos seguintes moldes:

[...] os agentes químicos podem ser encontrados nas formas gasosa, líquida e sólida; quando absorvidos pelo nosso organismo, por via respiratória, através da pele ou por ingestão, produzem na maioria dos casos, reações que são chamadas de venenosas ou tóxicas. Como exemplos: poeiras, fumo, neblinas, gases, névoas, vapores etc.

Os agentes biológicos são micro-organismos presentes no ambiente de trabalho como bactérias, fungos, vírus, protozoários, bacilos, parasitas, entre outros. São invisíveis ao olho nu, sendo visíveis apenas ao microscópio (p.72).

Para a caracterização e a classificação da insalubridade deve ser realizada perícia, a qual ficará a cargo de médico ou engenheiro do trabalho, registrado no MTE, de modo que a prova pericial é indispensável para a constatação do ambiente laboral insalubre, conforme a Súmula 460⁶ do Supremo Tribunal Federal (STF).

⁶ Para efeito do adicional de insalubridade, a perícia judicial, em reclamação trabalhista, não dispensa o enquadramento da atividade entre as insalubres, que é ato da competência do Ministro do Trabalho e Previdência Social.

O trabalho exposto a agentes insalubres provoca danos à saúde do empregado ao longo do tempo, desse modo o trabalho da empregada gestante e lactante em ambientes insalubres prejudica o ser humano que está em desenvolvimento (PEREIRA, 2017). O trabalho em ambiente insalubre pode causar sérios danos ao nascituro, neste sentido confira-se:

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

Sob essa perspectiva, é importante analisar que alguns empregados exercem suas funções em locais exclusivamente insalubres, no caso de hospitais, por exemplo, não havendo, portanto local salubre para trabalho, de modo que a alternativa seria o afastamento da empregada do serviço, para que passe pelo período gestacional em casa. Desse modo, tal providência poderia vir a acarretar preconceito e discriminação contra a mulher em idade fértil, no ambiente de trabalho, pois o empregador hesitaria ao contratar uma empregada com a qual pode vir a enfrentar o afastamento, bem como a necessidade de contratar outro empregado temporariamente. Portanto, o dispositivo pode vir a ter um efeito contrário ao pretendido inicialmente, prejudicando a trabalhadora (PEREIRA, 2017).

No caso do Anexo 14 da NR-15, por exemplo, o qual trata da insalubridade por agentes biológicos e distingue o contato com pacientes portadores de doenças infectocontagiosas em dois graus de insalubridade, a depender do local onde ocorre a exposição. São enquadradas em grau máximo os trabalhos ou operações em contato permanente com pacientes em isolamento por doenças infectocontagiosas e com objetos de uso destes, não previamente esterilizados. Porém, quando os trabalhos ou operações ocorrem em contato permanente com pacientes ou com material infectocontagioso em hospitais, serviços de emergência, enfermarias, ambulatórios, postos de vacinação e outros estabelecimentos destinados aos cuidados da saúde humana, a insalubridade é considerada de grau médio (PEREIRA, 2017).

Dessa forma, ainda que exista diferença de intensidade, isso, por si só, não

diminui o risco existente em tais atividades e locais, mesmo porque nem sempre um paciente portador de doença infectocontagiosa é diagnosticado imediatamente (PEREIRA, 2017).

Neste sentido, o trabalho da gestante em ambientes insalubre poderá afetar não só a trabalhadora, mas também o nascituro, caracterizando-se um padrão predatório da força de trabalho antes do nascimento, quando estes já serão atingidos com agentes contaminadores de doença (MELO, 2017).

2.2 Insalubridade e maternidade frente à reforma trabalhista

Dessa forma, em relação ao labor da gestante em ambientes insalubres, a Lei nº 13.287/2016 a excluiu do ambiente onde possa existir um agente danoso à sua saúde, o que contribui para a proteção do próprio embrião.

A referida lei acresceu à CLT o art. 394-A, com a seguinte 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”. Nota-se então que a regra era determinante, vez que vedava absolutamente o trabalho da empregada gestante em ambiente insalubre (PEREIRA, 2017).

Porém, por meio da Lei 13.467/2017, a conhecida Reforma Trabalhista, a trabalhadora gestante, no tocante à sua exposição à insalubridade, passou a ter um tratamento diferenciado, de modo que a nova redação passou a ser, de acordo com 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:

- 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.

O legislador passou a permitir que as empregadas gestantes e lactantes exerçam suas atividades em local insalubre, sendo que o afastamento só deverá

ocorrer da seguinte forma: a gestante que laborar em ambiente considerado de insalubridade de grau máximo, deverá ser afastada de tais condições, se a mesma exercer o seu labor em locais considerados de insalubridade de graus médio e mínimo, poderá trabalhar, podendo ser afastada no caso de apresentação de atestado médico, de confiança da mulher, que recomende o feito.

Nota-se que foi transferida para a gestante a responsabilidade de obter, junto ao médico de sua confiança, atestado recomendando o afastamento do ambiente insalubre durante a gravidez. Porém, não é levado em conta que o referido profissional, em regra, não conhece o local de trabalho dos seus pacientes, bem como não possui conhecimento técnico sobre as normas de segurança do trabalho para atestar níveis de insalubridade, tornando-se um tanto quanto arriscado conceder esta decisão exclusivamente á ele (LAPA E KERTZMAN, 2018).

Portanto, uma vez que trabalhadoras gestantes ou lactantes estejam expostas a atividades insalubres, ocorreria uma afronta à proteção, anteriormente garantida pela CF e demais diplomas legais, à maternidade, à gestação e à saúde.

3 A INCONSTITUCIONALIDADE DAS MUDANÇAS TRAZIDAS PELA REFORMA TRABALHISTA QUANTO A PROTEÇÃO À MULHER GESTANTE

Dessa forma, o art. 394-A da Lei 13.287/2016, é mais benéfico à trabalhadora gestante, uma vez que proíbe expressamente o labor, enquanto durar a gestação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, a fim de que sejam desempenhadas em ambiente saudável, sem fazer distinção entre os diversos agentes nocivos à saúde da empregada.

Ressalta-se então, que a nova redação de tal dispositivo, trazido pela tão falada Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017), provoca um grande retrocesso em relação á proteção á maternidade, uma vez que determinou o afastamento da trabalhadora gestante apenas quando há a exposição a agentes insalubres em grau máximo. De modo que, quando os agentes forem de graus médio e mínimo, o afastamento ocorrerá apenas com apresentação de atestado médico, emitido por profissional que acompanha a gestação.

Neste sentido, as trabalhadoras de baixa renda e de pouca escolaridade, podem não procurar um médico para atestar ou não a possibilidade de continuar a exercer suas atividades em locais insalubres, tendo em vista a possibilidade da perda da remuneração a título de adicional de insalubridade, o que por outro lado, comprometerá a saúde do nascituro, o qual ficará exposto às atividades em ambientes insalubres.

Trata-se de violação direta aos preceitos da República Federativa do Brasil, vez que a Constituição em seu art. 6º, assegura aos trabalhadores o direito social à saúde e proteção à maternidade, direitos fundamentais já elencados anteriormente. Por outro lado, afronta também a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, princípios norteadores, tal qual à erradicação da pobreza e desigualdade, que é o objetivo principal do Estado, confira-se:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; [...].

[...]

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (p. 11).

Importante destacar que a referida Lei, afronta também o art. 170 da CF acerca dos princípios gerais da atividade econômica, vez que desvaloriza o trabalho humano quando obriga as gestantes e lactantes a exercerem as suas atividades em ambientes considerados insalubres (BRASIL, 2018).

Nesta seara, vale ressaltar que o dispositivo em comento viola o direito à saúde das gestantes e de seus nascituros e recém-nascidos, o qual se resta assegurado no art. 196 da CF, o qual aduz que a saúde é direito de todos e dever do Estado, que deve garanti-la 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. Nota-se aqui que tal direito deveria ser assegurado pelo Estado, que, nesse contexto, é quem o está subtraindo (BRASIL, 2018).

Por fim, a violação ao direito do meio de ambiente de trabalho equilibrado, o qual está previsto no art. 225 da CF, que afirma que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, para obtenção de uma qualidade de vida sadia (BRASIL, 2018).

Conforme explanado, antes do advento da Lei 13.467/2017, a trabalhadora gestante era proibida de exercer as suas atividades em locais considerados insalubres, independentemente de grau. Contudo, após a chegada da referida lei, verifica-se de forma clara a inconstitucionalidade quanto a isso, vez que exige da trabalhadora a providência necessária para que trabalhe ou não em local insalubre, protegendo assim sua saúde e do nascituro, o que deveria ser garantido pelo Estado. Vislumbra-se um grande retrocesso social, segundo Sylvio e Gustavo (2007):

[...] diversos direitos sociais previstos na Constituição exigem complementação pela legislação infraconstitucional para adquirem eficácia plena. São direitos sociais contemplados em normas constitucionais de eficácia limitada, que exigem a atuação integradora do legislador ordinário. Alguns desses direitos já foram objeto de regramento na legislação infraconstitucional, com o que o dispositivo constitucional que os contemplava adquiriu sua plena aplicabilidade. É com relação a tais direitos, cuja prescrição constitucional já foi complementada pela legislação ordinária que entra em discussão a aplicação do princípio da proibição do retrocesso social. Segundo os defensores desse princípio, o legislador ordinário, tendo uma vez regulado certo direito social não pode pretender alterar tal regramento de modo a restringir a abrangência anteriormente reconhecida ao direito em questão, ou mesmo revoga-lo da legislação ordinária (p. 336).

Ademais, uma vez que tal matéria já havia ganhado destaque com a Lei 13.287/16, onde era proibido o labor da gestante em ambiente insalubre, independente do grau, garantindo de forma expressa o direito humano no ordenamento pátrio, não há que se falar em retroatividade de tal direito para relativizar-se. Em relação á vedação ao retrocesso em matérias de direitos humanos, Flávia Piovesan (2011) frisa que:

Da obrigação da progressividade da implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais decorre a chamada cláusula de proibição do retrocesso social, na medida em que é vedado aos Estados retroceder no campo da implementação desses direitos. Vale dizer, a progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais proíbe o retrocesso ou a redução de políticas públicas voltadas à garantia de tais direitos cabendo ao Estado o ônus da prova. Isto é, em face do princípio da inversão do ônus da prova,

deve o Estado comprovar que todas as medidas necessárias – utilizando o máximo de recursos disponíveis - têm sido adotadas no sentido de progressivamente implementar os direitos econômicos sociais e culturais enunciados no Pacto (p. 235).

Assim, o intuito de qualquer direito, uma vez conquistado, está em sintonia com o avanço em direção ao futuro, e cada vez mais distante da possibilidade de perdê-lo, ou seja, a ordem positiva deve assegurar a permanência dos direitos já assegurados, bem como as garantias materiais dos cidadãos, buscando cada vez mais uma melhoria às pessoas tuteladas (SILVA E SILVA, 2017).

A civilização contemporânea e o seu pensamento jurídico tem como ideia central a impossibilidade de retroagir no tempo. E, sendo os Direitos Fundamentais de Segunda Geração, a preocupação com sua estabilidade, garantia e efetivação esta no sentido de sempre buscar evitar a sua regressão a um patamar anterior. Dessa forma, as noções de mínimo existencial e da proibição do retrocesso social ganharam força no estudo dos direitos sociais (SILVA E SILVA, 2017).

Acerca do princípio da dignidade da pessoa humana⁷, previsto na Carta Magna que prevê a erradicação da pobreza e a marginalização, remetendo exatamente a noção de mínimo existencial e, para a proteção do núcleo essencial deste, a ideia de proibição do retrocesso. Para Sarlet (2012) a dignidade da pessoa humana constitui um conceito em permanente processo de reconstrução, tratando-se de uma noção histórico-cultural em permanente transformação quanto ao seu sentido e alcance. Envolvendo a prerrogativa em volta do bem-estar ambiental indispensável a uma vida digna, saudável e segura.

Neste sentido, Moraes (2008) alega que, excepcionalmente, poderão ser feitas limitações aos direitos fundamentais, pois se constitui um invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar.

Assim, a manifestação do Ministro Celso de Mello, em voto proferido no julgamento de Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, esclarece que:

⁷ O princípio da dignidade da pessoa humana constitui o princípio máximo do estado democrático de direito. Sendo a dignidade uma qualidade intrínseca da pessoa humana, irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado.

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

Sendo assim, quanto aos direitos sociais, além de buscar-se uma proteção do Estado para com os cidadãos, deve-se buscar também um meio de efetivação por meio dos agentes estatais de modo a garantir que tais direitos sejam aplicados e efetivados, bem como evitar qualquer retorno a uma situação de não proteção desses direitos, ou seja, a caracterização da vedação do retrocesso.

Tal visão incide sobre o Direito Trabalhista, pois este é um dos principais representantes dos direitos sociais ou de segunda geração, uma vez que visam o resguardo de determinados bens jurídicos relativos ao trabalhador, tais como: saúde, integridade física e qualidade de vida (CAVALCANTI, 1966).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do embasamento teórico preliminar acerca da trajetória percorrida pela proteção da insalubridade e da trabalhadora gestante, bem como dos impactos que isso pode causar no meio ambiente social e sob o prisma do retrocesso social e do mínimo existencial, fica evidente a hipótese levantada, qual seja: com a aprovação da Lei 13.467/2017, a então Reforma Trabalhista, houve um nítido retrocesso social e conseqüentemente um a inconstitucionalidade do art. 394-A da CLT. Tratando-se de uma regressão a uma proteção social fundamental, o que vai à contramão da dignidade da pessoa humana.

No transcorrer do presente trabalho, observou-se que a referida Lei, além de ter ocasionado o retrocesso social no tocante a exposição da trabalhadora gestante a ambientes insalubres transferiu a responsabilidade maior para o profissional da medicina, uma vez este deverá atestar se a trabalhadora gestante deverá ou não ser afastada de suas atividades laborais.

O estudo em tela conclui que o meio ambiente laboral, em especial o insalubre, deve ser uma preocupação para a sociedade, tendo em vista que o bem jurídico em questão: a saúde é de impossível mensuração ou mesmo uma avaliação para compensação de tais prejuízos através do pagamento de adicionais ao salário.

Por fim, há de se lembrar de que os direitos sociais são frutos de árduas lutas para conquistá-los, devendo ser respeitados e protegidos, principalmente quando se refere a direitos ligados a saúde e a dignidade da pessoa humana, bens que não tem como ser “negociados”. Muito menos há que se falar em retrocessão de direitos adquiridos e consolidados, principalmente no que diz respeito ao ser em desenvolvimento, o nascituro.

Até porque, trata-se de um Estado Democrático de Direito, o qual deve garantir direitos aos seus civis, ou seja, o respeito pelos direitos humanos e pelas garantias fundamentais, através do estabelecimento de uma proteção jurídica.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 proferida em Medida Cautelar, 2015, Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 15 maio 2018.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.938 Distrito Federal. Relator Ministro Alexandre de Moraes, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/rito-abreviado-stf.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2018.

_____. Consolidação das leis do trabalho. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das leis do trabalho. 25. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2013.

_____. Superior Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus. Habeas Corpus nº 143641/SP. Relator Min. Ricardo Lewandowski.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

MELO, Raimundo Simão de. Reforma erra ao permitir atuação de grávida e lactante em local insalubre. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-21/reflexoes-trabalhistas-reforma-erra-permitir-gravida-lactante-local-insalubre>>. Acesso em: 10 out. 2018.

Ministério do Trabalho e Emprego. Norma Regulamentadora 15, da Portaria 3.214, de 08 de julho de 1978. Disponível em: <<http://trabalho.gov.br/images/Documentos/SST/NR/NR15/NR15-ANEXO15.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2018.

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

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

OST, Stelamaris. Mulher e mercado de trabalho. Revista Âmbito Jurídico. Rio Grande: XII, nº 64, maio 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6088>. Acesso em: 15 maio 2018.

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

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

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

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

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