

# O DIREITO DO TRABALHO E SEU PROTECIONISMO CONCERNENTE AO EMPREGO DA MULHER GESTANTE E LACTANTE

*Viviane Mayumi Resende Uenaka<sup>6</sup>*

## Resumo

O presente artigo tem como objetivo verificar a proteção do trabalho da gestante e lactante em condições insalubres, devido sua grande importância para sociedade, pelo bem jurídico tutelado, visando a proteção da saúde e bem-estar não só da mulher, mas também da criança sendo gerada. Cumpre dizer, que antes da lei 13.467/2017 o legislador tinha um olhar mais sensível para as gestantes e lactantes expostas a ambientes insalubres. Com a reforma trabalhista, houve alteração quanto ao assunto. Primeiramente para dar embasamento ao artigo estuda-se brevemente sobre direito do trabalho, bem como os seus elementos caracterizantes e principiológicos. Na sequência, será explanado sobre o trabalho da mulher, com suas proteções e proibições. Além disso, haverá uma breve análise sobre a reforma trabalhista e seu novo artigo 394-A, da Consolidação das Leis do Trabalho. Sucessivamente, será demonstrado através dos entendimentos atuais jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade do referido artigo, quanto a sua aplicação no caso concreto.

## INTRODUÇÃO

Costuma-se dizer que a mulher é o sexo frágil. De fato, sob o ponto de vista fisiológico, esta afirmação é inconteste dada a natureza física do corpo feminino. Porém, frise-se que somente a mulher possui o dom de gerar uma vida, o que contrasta com a primeira assertiva.

No tocante ao mercado de trabalho, a mulher sem sombras de dúvidas conquistou seu espaço, já possui destaque no universo capitalista, mas ainda está longe de estar em paridade de armas com os homens, pelo menos na maioria dos países.

Apesar do reconhecimento profissional da mulher, não dá para se negar que ainda exista tratamento discriminatório ao qual muitas mulheres ainda são submetidas.

---

<sup>6</sup> Viviane Mayumi Resende Uenaka. Bacharela em Direito pelo UniSalesiano. Especialista em Direito do Trabalho e Previdência Social pela Unitoledo. Advogada. Mestranda pela UNESP.

Sob a luz da Constituição Federal/88, mulheres e homens merecem tratamento isonômico. Como já mencionado, a mulher trilhou um caminho árduo para conquistar seus direitos e valorização.

Isso não foi fruto do acaso, mas ocorreu em razão de muitas lutas, reivindicações, engajamento na causa, para que hoje, as mulheres pudessem ser respeitadas como pessoa e profissional.

O direito do trabalho surgiu como resposta ao pedido de socorro das pessoas que buscavam por condições de trabalho justas e humanas. Tanto a Constituição Federal, como a Consolidação das Leis do Trabalho disciplinam sobre a matéria.

A insegurança jurídica e questionamentos começam quando com a reforma trabalhista, o legislador inseriu o artigo 394-A, a partir daí houve um “retrocesso” de direitos, uma vez que a CLT anterior já garantia a proteção da saúde da trabalhadora gestante e lactante em lugares insalubres, resguardando a saúde da mulher e do feto. A nova lei 13.467/2017, simplesmente autorizava a mulher gestante trabalhar em ambientes insalubres em grau médio ou mínimo durante a gestação, sendo dispensada somente mediante atestado médico; e lactantes autorizadas a trabalhar em qualquer grau de insalubridade, dispensadas também somente por atestado médico.

Diante da preocupação da proteção da maternidade, inclusive da prevenção da exposição da mulher a riscos à saúde e à segurança durante e depois da gravidez, é que foi proposta uma Ação direta de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal.

Buscando aclarar esse tema complexo, o presente artigo destacará quais são os argumentos que foram levados em conta na hora dos ministros decidirem sobre o assunto.

Outrossim, é possível perceber que a decisão do supremo ante o assunto, contempla o bom senso, os bons costumes, a proteção a saúde, a vedação ao retrocesso social, e a dignidade da pessoa humana.

Cumprir dizer, que o artigo em questão foi realizado de pesquisa puramente doutrinária e jurisprudencial, dividido por temas de forma clara, objetivando facilitar a compreensão do leitor.

Primeiramente, busca analisar a ciência do direito do trabalho, sua definição, bem como passar por suas principais características, e princípios.

Na sequência, trata do trabalho da mulher, bem como seu protecionismo e os trabalhos não permitidos as gestantes antes da reforma.

Ato contínuo, será apresentada a nova redação da Reforma trabalhista no tocante ao trabalho de gestantes e lactantes em condições insalubres. Com escopo de dar maior concretude ao tema abordado, ao final, mostra-se como o Supremo Tribunal Federal se posicionou em face do artigo 394-A da lei 13.467/2017.

Salienta-se que, o artigo não tem como propósito analisar de forma específica os demais aspectos da Lei 13.467 de novembro 2017, mas tão somente o artigo 394-A que trata das condições insalubres para gestantes.

## **DIREITO DO TRABALHO**

O trabalho é tão reconhecido e valorizado que a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos trata do assunto. Segundo Leite (2019, p. 35-36):

O trabalho é reconhecido internacionalmente como um Direito Humano, como se infere do art. 23 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, sendo também reconhecido no Brasil como um valor estruturante do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, IV) e um direito fundamental social (CF, art. 6º).

Segundo Martins (2010, p. 16) “tem o direito do trabalho inúmeras regras que versam sobre a matéria. A maioria delas está contida na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT”.

A consolidação das leis do trabalho – CLT, entrou em vigor em 10.11.1943. Esclarece-se que a CLT não é um código, mas uma lei, podendo até mesmo ser equiparada a lei federal. Neste contexto, foi a Constituição Federal de 1988 que em 05.10.1988 enalteceu o os direitos sociais, com grande reflexo no direito do trabalho.

Ressalta-se que as regras mínimas de proteção ao trabalhador estão dispostas na legislação: Constituição Federal de 1988, CLT, portarias, resoluções, instruções normativas e etc.

## **DEFINIÇÃO DE DIREITO DO TRABALHO**

É possível encontrar a definição de direito do trabalho nas mais variadas

obras pertinentes a matéria, mas a finalidade será sempre a mesma: a proteção dos atores envolvidos na relação de emprego (em especial o empregado) corrigir desigualdades sociais e econômicas, valorizar princípios e regras.

Segundo o doutrinador Sergio Pinto Martins (2010, p. 16):

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

De acordo com o doutrinador Martins Filho (2019, p. 45):

O direito do trabalho é o ramo do Direito que disciplina as relações de trabalho, tanto individuais como coletivas. Evolui conforme a maior conscientização sobre os benefícios que podem ser conferidos ao trabalhador, como forma produtiva, sem comprometimento do nível econômico, que depende, igualmente, do estímulo ao investimento (capital). No Brasil, a Constituição Federal de 1988 assenta como fundamentos do Estado os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa (art. 1º IV), deixando claro que o Direito do Trabalho e a Justiça do Trabalho terão como finalidade harmonizar a priori e a posteriori as relações entre o capital e o trabalho.

Nas sábias palavras de Martinez (2018, p. 75) o direito do trabalho é:

O conjunto de princípios e regras que regulam a prestação do trabalho subordinado, e excepcionalmente do trabalho autônomo, no âmbito das relações laborais individuais ou coletivas, bem como as consequências jurídicas delas emergentes.

Nesse passo, Leite (2019, p. 44) traz à baila que:

O direito do trabalho é o ramo da ciência jurídica constituído de um conjunto de princípios, regras, valores, e institutos destinados à regulação das relações individuais e coletivas entre empregados e empregadores, bem como de outras relações de trabalho normativamente equiparadas à relação empregatícia, tendo por escopo a progressividade da proteção da dignidade humana e das condições sociais, econômicas, culturais e ambientais dos trabalhadores.

Dessa forma, os doutrinadores são uníssonos em concordarem da suma importância do direito do trabalho para a vida dos trabalhadores, para a sociedade, para desenvolvimento do país.

## PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DO DIREITO DO TRABALHO

Nas palavras de Delgado (2010, p. 62):

A síntese das características do direito do trabalho conduz a um conjunto de traços mais notáveis, que podem ser classificados em conformidade com a sua origem e evolução histórica, suas funções e atuação na comunidade circundante e, finalmente, sua estrutura jurídica própria.

Como analisado anteriormente, as características do direito do trabalho também fazem parte de seu conceito, daí a importância de mencioná-las, e defini-las. Além do mais, o direito do trabalho possui autonomia, possuindo, portanto, características próprias. Iniciando pelo Intervencionismo, de acordo com Martinez (2018, p. 76):

É intervencionista na medida em que controla o poder econômico para evitar que a força do capital se sobreponha a do trabalho. Para compensar as evidentes desigualdades no plano material entre trabalhadores e empregadores, a legislação laboral, notadamente em sede constitucional, atua com dirigismo, estabelecendo blocos de direitos mínimos, irrenunciáveis para os trabalhadores, por isso insuscetíveis de qualquer negociação patronal.

Em poucas palavras, essa característica visa buscar igualdade social para sociedade.

Protecionismo:

É atitude preservadora do equilíbrio contratual, diante da evidência de ser o trabalho humano produtivo um valor social a ser protegido e de ser o trabalhador um sujeito ordinariamente vulnerado nas relações de emprego. Trata-se, portanto, de conduta tuitiva, que garante: i) a aplicação de normas mais favoráveis aos trabalhadores quando existentes duas ou mais de vigência simultânea; ii) a manutenção de condições contratuais mais benéficas; iii) e a interpretação favorável ao trabalhador, quando presente dúvida. (MARTINEZ, 2018, p. 76)

Essa característica visa erradicar o trabalho escravo, valorizar o ser humano.

Reformismo social:

Esta característica desvenda a função contemporizadora do direito do trabalho como ramo que constantemente intermedeia os conflituosos interesses operários e patronais. Sua atuação,

normalmente tendente a oferecer melhores condições de trabalho, pode, em momentos de crise, ser transmudada para criar soluções alternativas capazes de manter os postos de serviço. (MARTINEZ, 2018, p. 76)

Essa característica nos mostra que o Direito do trabalho possui traços políticos, pois acompanha as transformações da sociedade.

#### Cosmopolitismo

O direito do trabalho tem a característica de extrapolar as fronteiras geográficas da legislação pátria para buscar inspiração em ordenamentos jurídicos estrangeiros e orientação nos convênios (convenções), protocolos e recomendações da Organização Internacional do Trabalho (OIT), instrumentos definidores de lineamentos e pautas mínimas de relacionamento social. (MARTINEZ, 2018, p. 76)

Referida característica significa que o direito do trabalho está interligado com as demais áreas do saber, e visando sua evolução, busca na esfera internacional melhorias para o trabalhador.

#### Pluralismo de fontes

Nenhum outro ramo do direito é tão caracterizado pelo pluralismo de fontes legislativas quanto o direito do trabalho. Observe-se que um mesmo empregado pode estar regido simultaneamente pela lei, pelo contrato individual de emprego, pelo regulamento interno de trabalho elaborado pela empresa, por uma convenção coletiva de trabalho e, ainda, se for o caso, por um acordo coletivo de trabalho. O emaranhado de fontes se orienta e se organiza segundo o princípio da aplicação da norma mais favorável, observado, quando for o caso, o método do conglobamento por institutos (detalhes que serão oferecidos mais adiante), de modo que no ápice da pirâmide hierárquica normativa esteja sempre a regra geradora de melhorias nas condições sociais de trabalho. (MARTINEZ, 2018, p. 76)

Conclui-se que as características do direito do trabalho revelam a sua própria natureza, e a sua importância para o equilíbrio do ordenamento jurídico.

## **PRINCIPIOLOGIA DO DIREITO DO TRABALHO**

O direito do trabalho possui princípios norteadores, tais princípios são aplicados no caso concreto, e a aplicação de um, não exclui a aplicação de outro. Tais princípios visam a valorização do trabalho e do trabalhador, bem como a

valorização da ordem econômica.

Na maioria das vezes os princípios visam impedir abusos praticados pelo empregador, uma vez que o empregado, em regra, é parte mais fraca da relação jurídica.

De mais a mais, todos os princípios são fundamentados no ordenamento jurídico. Sua relevância para a esfera trabalhista é excepcional. São fundamentais na hermenêutica jurídica.

Afinal, o que seria do direito do trabalho sem seus princípios? Através deles que se torna possível uma boa interpretação e aplicação do direito.

Os princípios prescrevem diretrizes, produzindo verdadeiros mandados de otimização que, em última análise, visam à potencialização da própria justiça. Por serem dotados de estrutura valorativa, os princípios reclamam uma conduta racional e criativa do intérprete para sua aplicação. Celso Antônio Bandeira de Mello, por isso, com a maestria que lhe é habitual, o define como “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo lhe o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico. (MARTINEZ, 2018, p. 119)

Assim, é possível afirmar que os princípios possuem algumas funções principais, tais quais: interpretativa, normativa e instrutiva. Com relação a interpretativa, é ajudar os juristas a aplicarem o direito de forma eficaz no caso concreto, já a normativa é que os princípios em tese podem auxiliar a completar a lacunas da lei, e por fim, a instrutiva, que auxilia os legisladores a criarem leis que estejam de acordo com os valores morais da sociedade. A seguir serão analisados os princípios em espécie do direito do trabalho.

Princípio da primazia da realidade: Este princípio é bem claro ao afirmar que o que importa para o direito do trabalho é a situação de fato vivenciada pelo trabalhador, ainda que esta situação seja contrária as provas apresentadas pelo empregador, que podem ser forjadas.

Como bem leciona Martins (2019, p. 137): “os fatos prevalecem sobre a forma. A essência se sobrepõe à aparência”. Talvez seja o princípio mais importante, pois dele é possível extrair outros princípios.

Nas sábias palavras de Martinez (2018, p. 137):

O princípio da primazia da realidade baseia-se no mandamento nuclear protetivo segundo o qual a realidade dos fatos prevalece sobre meras cláusulas contratuais ou registros documentais, ainda que em sentido contrário. De nada, portanto, adianta mascarar a verdade, uma vez que se dará prevalência ao que efetivamente existiu. Este princípio aplica-se tanto a favor quanto contra o empregado. Justifica-se essa atitude porque o princípio ora em análise dá primazia à realidade, e não a versão apresentada pelo trabalhador em detrimento daquela oferecida pelo empregador. É verdade que o empregado, como sujeito juridicamente mais fragilizado, é a vítima preferencial dos documentos que revelam coisa diversa daquilo que efetivamente existiu. Há maus empregadores que, na tentativa de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos direitos trabalhistas, engenham contratos de natureza assemelhada (como representação comercial, estágio ou cooperativa) e constroem falsas provas, inclusive de pagamento. Quanto a realidade mascarada é efetivamente visualizada, tornam-se nulos de pleno direito, por força do artigo 9º da CLT, todos os atos violadores da legislação laboral.

Princípio da razoabilidade: Este princípio trata da racionalidade, do ponderado, do que seja justo para ambas as partes, do bom senso. De acordo com Luciano Martinez (2018, p. 137):

Razoabilidade é a qualidade daquilo que esteja conforme a razão, entendida como a faculdade de que dispõe o ser humano de avaliar, julgar e ponderar ideias universais, concebidas na medida em que seja possível conhecer o real por oposição ao que é aparente. É justamente a razoabilidade, princípio lógico antecedente de todos os referenciais para solução de conflitos entre a vontade e a declaração, que define o alcance e a amplitude de alguns conceitos jurídicos indeterminados, entre os quais a iminência, a irresistibilidade e a inescusabilidade. O princípio da razoabilidade, embora não seja especificamente trabalhista, é aplicado amiúde nas relações de trabalho. Delas brotam comportamentos que precisam ser aferidos segundo um padrão médio de bom-senso.

Princípio da boa-fé e da confiança: Este princípio orienta todo o ramo jurídico, em especial, a seara trabalhista. É o que move o ser humano a interagir e a negociar. Também é o responsável pela harmonia entre as partes. Tal princípio está ligado com a ética.

Segundo Martins Filho (2019, p. 61) “a boa-fé é a intenção moralmente reta no agir, que se supõe na conduta normal da pessoa”.

O doutrinador Carlos Henrique Bezerra Leite (2019, p. 113) ainda acrescenta:

Esse princípio decorre do postulado ético que deve reinar nas relações jurídicas em geral, mormente as de natureza trabalhista,

tendo em vista a função tutelar do direito do trabalho. Há, pois, deveres recíprocos das partes para o fiel cumprimento das obrigações ajustadas antes, durante e após a extinção do contrato de trabalho. O princípio da boa-fé, antes limitado a ser princípio geral do direito, atualmente encontra-se positivado expressamente no Código Civil, sendo certo que a doutrina reconhece a existência de dois tipos de boa-fé: a objetiva (aspecto ético) e a subjetiva (aspecto psicológico). Assim, por forma do artigo 8º, parágrafo 1º da CLT, o princípio da boa-fé pode (e deve) ser amplamente aplicado no direito do trabalho.

**Princípio da proteção:** Tal princípio visa a proteção da parte hipossuficiente da relação de emprego, que na maioria é o empregado. “Enquanto no direito civil assegura-se a igualdade jurídica dos contratantes, no direito do trabalho a preocupação é proteger a parte economicamente mais fraca, visando a alcançar uma igualdade substancial” (MARTINS FILHO, 2019, p. 52).

De acordo com Sergio Pinto Martins (2019, p. 133-134):

Como regra, deve-se proporcionar uma forma de compensar a superioridade econômica do empregador em relação ao empregado, dando a este último superioridade jurídica. Esta é conferida ao empregado no momento em que se dá ao trabalhador a proteção que lhe é dispensada por meio de lei. O princípio protetor pode ser uma forma de justificar desigualdades, de pessoas que estão em situações diferentes. O princípio protetor protege o empregado e não qualquer trabalhador. Na dúvida, deve-se aplicar a regra mais favorável ao trabalhador ao se analisar um preceito que encerra regra trabalhista, o in dubio pro operário.

**Princípio da continuidade da relação de emprego:** Nada mais é do que aquele princípio que tem por objetivo fazer com que a duração do emprego permaneça o máximo possível. Nesse passo, Sergio Martins Pinto (2019, p. 136-137) presume que:

O contrato de trabalho terá validade por tempo indeterminado, ou seja, haverá a continuidade da relação de emprego. A exceção à regra são os contratos por prazo determinado, inclusive o contrato de trabalho temporário. A ideia geral é a de que se deve preservar o contrato de trabalho do trabalhador da empresa, proibindo-se, por exemplo, uma sucessão de contratos de trabalho por prazo determinado.

**Princípio da Indisponibilidade de direitos**

Segundo este princípio os direitos trabalhistas são simplesmente irrenunciáveis. Por exemplo, o trabalhador não pode renunciar seu

décimo terceiro, pois se ele o fizer, o juiz poderá declarar a nulidade do ato. Este princípio protege o trabalhador. Faz com que o trabalhador não abra mão de seus direitos. “Impossibilidade jurídica de o trabalhador privar-se voluntariamente das vantagens conferidas pelo direito do trabalho” (MARTINS FILHO, 2019, p. 53).

De acordo com Leite (2019, p. 111):

Tendo em vista a grande quantidade de normas de ordem pública na seara do direito do trabalho, não se admite, em princípio que o trabalhador renuncie a direitos trabalhistas. [...] a corrente doutrinária dominante não admite a renúncia posterior à extinção dele.

Princípio da isonomia: O princípio da isonomia é aquele que preza pela igualdade. “Impõe tratar com igualdade os iguais e desigualdade os desiguais, na medida das suas desigualdades.” (MARTINS FILHO, 2019, p. 60)

A própria Constituição Federal traz em seu artigo 5º, caput, e inciso I, o referido princípio. Já na seara trabalhista o princípio em questão encontra-se no artigo 7º da Consolidação das leis do trabalho. Para este princípio é proibido qualquer tipo de discriminação, seja por cor, sexo, opção sexual, condições de saúde etc. Sua fundamental importância está em amparar, defender a dignidade da pessoa humana, que está consagrada no texto da constituição federal.

## **TRABALHO DA MULHER**

Como já visto, o direito do trabalho foi uma conquista gradativa da sociedade. Especialmente o trabalho da mulher, da mulher gestante, lactante que por incrível que pareça anos atrás não tinha proteção. Percebe-se que o direito do trabalho tanto evolui como em dados momentos retrocede.

Importante lembrar que, há pouco tempo, a sociedade patriarcal se preocupada com destino das mulheres trabalhadoras, veja-se:

A mulher esteve confinada dentro do lar há milênios, sendo encarregada dos chamados trabalhos domésticos, acumulando, também, essas funções de esposa e mãe. O fato dela vir a deixar essas funções era visto com certa apreensão, pois, com certeza, teriam que ser substituídas elas extradomésticas. Além disso, havia outros fatores que influenciavam na oposição dos homens, a que as mulheres deixassem o serviço doméstico para se atirarem no trabalho fora do lar. Um destes fatores era o receio de que o contato com o sexo oposto viesse tirar o recato feminino desejado para a época, isso sem falarmos no fato de certos padrões, dado a grande concorrência entre mão-de-obra existente, só davam ocupação em

troca de certas regalias. A situação do mercado da época favorecia aos inescrupulosos a que fizesse esse tipo de seleção, e as mais necessitadas cediam (JOÃO, 1997, p. 57).

Pois bem, com a Constituição Federal de 1988 houve uma nova concepção de igualdade entre homens e mulheres, certamente isso quebrou vários paradigmas da sociedade. Como bem esclarecido por Sergio Pinto Martins (2019, p. 922):

No decorrer da Revolução Industrial (século XIX), o trabalho da mulher foi muito utilizado, principalmente para a operação de máquinas. Os empresários preferiam o trabalho da mulher nas indústrias porque elas aceitavam salários inferiores aos dos homens, porém faziam os mesmos serviços que estes. Em razão disso, as mulheres sujeitavam-se a jornadas de 14 a 16 horas por dia, salários baixos, trabalhando em condições prejudiciais à saúde e cumprindo obrigações além das que lhes eram possíveis, só para não perder o emprego. Além de tudo, a mulher deveria, ainda, cuidar dos afazeres domésticos e dos filhos. Não se observava uma proteção na fase de gestação da mulher, ou de amamentação.

## **PROTEÇÃO AO TRABALHO DA MULHER**

Diante de todos os argumentos anteriormente expostos “a proteção do mercado de trabalho da mulher passou, então a ser uma preocupação justificável, tendo o legislador incluído esse objeto como direito mínimo previsto n art. 7º, XX da Constituição de 1988” (MARTINEZ, 2018, p. 825).

“Os fundamentos da proteção ao trabalho da mulher dizem respeito a sua fragilidade física. Sua complexão física não é a mesma do homem” (MARTINS, 2019, p. 927).

Ainda neste contexto, afirma o doutrinador Carlos Henrique Bezerra Leite (2019, p. 297):

A constituição brasileira de 1988 prevê expressamente, na categoria de direito fundamental social trabalhista, a “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”. Os fundamentos da proteção jurídica especial destinada à mulher são de ordem fisiológicas, já que a mulher não é dotada da mesma resistência física do homem, e social, porque interessa a toda a sociedade a defesa e proteção da família humana. A atual Constituição Federal estabelece, no sei art. 5º, inc. I, que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. Nessa ordem, quando se está diante da mulher empregada, deve-se observar o preceito contido no art. 7º, da Lei Maior, segundo o qual “são direitos dos trabalhadores (homens e mulheres, acrescentamos) urbanos e rurais, além de outros que

visem à melhoria de sua condição social” Ao contrário do que sustentam alguns autores, as disposições legais mais favoráveis à emprega mulher insculpidas no texto obreiro consolidado continuam em pleno vigor, na medida em que foram, a nosso sentir, recepcionadas pela nova ordem constitucional.

Ressalta-se que, o direito do trabalho possuiu um princípio muito importante, e que merece destaque, o chamado Princípio da proteção ao mercado de trabalho da mulher, que segundo Carlos Henrique Bezerra Leite (2019, p. 100) diz que:

Esse princípio, que está consagrado no inc. XX do art. 7º da CF, tem por escopo estabelecer ações afirmativas em prol das mulheres trabalhadoras. Visa, sobretudo, corrigir as injustiças históricas e as discriminações que sofrem as mulheres no mercado de trabalho em relação aos homens.

É evidente que as mulheres necessitam de proteção, principalmente quando estão em situação mais vulnerável, quando, por exemplo, estão gestantes.

Ainda neste sentido, há nos artigos 373 e 373-A da Consolidação das Leis do Trabalho regras de proteção do mercado de trabalho da mulher. Veja-se:

Art. 373 - A duração normal de trabalho da mulher será de 8 (oito) horas diárias, exceto nos casos para os quais for fixada duração inferior.

Art. 373-A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado: (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999)

I - publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999)

II - recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999)

III - considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999)

IV - exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999)

V - impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999)

VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias. (Incluído pela Lei nº 9.799, de

26.5.1999)

Parágrafo único. O disposto neste artigo não obsta a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher. (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999) (LEITE, 2019, p. 705-706)

No tocante ao âmbito internacional, sempre houve repercussões nesse contexto, e, em razão disso que foram criadas várias convenções no sentido de proteger a mulher trabalhadora, algumas serão citadas a seguir:

A convenção nº 3, de 1919, ratificada pelo Brasil, diz respeito ao trabalho da mulher antes e depois do parto; a Convenção nº4, de 1919, veda o trabalho mulher em indústrias, sejam elas públicas ou privadas, salvo se o trabalho for feito em oficinas de família; a Convenção nº41, de 1934, dispõe sobre o trabalho noturno da mulher, exceto de mulheres que ocupavam cargos diretivos de responsabilidade, desde que não executassem serviços manuais; a Convenção nº45, de 1935, veda o trabalho da mulher em subterrâneos e minas; a Convenção nº89, de 1948, trata do trabalho noturno da mulher, excetuando-se as trabalhadoras na indústria que ocupam postos diretivos ou de caráter técnico [...]; a Convenção nº100, de 1951, trata da igualdade de remuneração entre homem e mulher para trabalho igual; a Convenção nº103, de 1952, ratificada pelo Brasil, e a Recomendação nº95, do mesmo ano, dizem respeito à proteção a maternidade; a Convenção nº111, de 1958, trata da discriminação em matéria de emprego e profissão; a Convenção nº127, de 1967, ratificada pelo Brasil, versa sobre o limite máximo de levantamento de pesos; a Convenção nº156, de 1981, evidencia igualdade de oportunidades e de tratamento para trabalhadores dos dois sexos em relação as responsabilidades familiares; a Convenção nº171, de 1990, fala sobre trabalhos noturnos, que são realizado por um período de sete horas em razão da maternidade. [...] a Convenção c.183, de 2000, revê a Convenção nº103 da OIT. Passa a rever que a duração da licença á gestante é de 14 semanas, com a possibilidade de prorrogação em caso de enfermidade ou complicações resultantes do parto. (MARTINS, 2019, p. 923-924)

## **GARANTIAS DAS GESTANTES E LACTANTES ANTES DA REFORMA TRABALHISTA**

Percebe-se que o legislador ao longo do tempo tentou preservar ao máximo a mulher trabalhadora, tratando-a com igualdade como preceitua a constituição, porém, dentro de suas limitações fisiológicas. É notório o olhar humanizado para com as mulheres trabalhadoras.

A própria CLT tem um capítulo que trata da tutela da mulher trabalhadora,

bem como uma sessão para falar sobre a maternidade.

Primeiramente cabe relatar que, é assegurado a mulher que engravida durante pacto laboral se manter no emprego, sem o risco de o empregador a demita-la em razão da gravidez.

À empregada gestante é assegurado o direito à garantia no emprego, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto (ADT, art. 10, II, b), isto é, caso a sua dispensa seja sem justa causa, poderá pleitear reintegração (LEITE, 2019, p. 703)

Antigamente, era o empregador quem pagava o salário para a trabalhadora grávida, durante e após o parto, dessa forma, os empregadores não queriam contratar mulheres grávidas, as mesmas não tinham nenhuma segurança. (MARTINS, 2010, p. 608)

“Somente com a edição da lei nº 6.136, de 7-11-74, é que o salário-maternidade passou a ser uma prestação previdenciária, não mais tendo o empregador que pagar o salário da empregada que vai dar à luz” (MARTINS, 2010, p. 608)

Ademais, a lei nº 8.213/91 afirma que a segurada tem direito à licença de 28 dias antes e 92 dias depois do parto, que resulta em 120 dias de licença.

Art. 71. O salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante 120 (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade.

A CLT diz ainda que, em caso de necessidade, e por indicação médica a mulher também poderia mudar de função, e até mesmo rescindir o contrato de trabalho, caso o trabalho exercido lhe fosse prejudicial a saúde. Se a mulher comprovasse a gravidez durante o aviso prévio, está automaticamente já teria direito ao auxílio maternidade, tendo em vista que já foi na vigência do contrato de trabalho.

“A lei nº 9.020, de 13-04-95, estabeleceu normas quanto à proibição de exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho”. (MARTINS, 2010, p. 613)

Entretanto, a empresa objetivando se resguardar pode solicitar exame médico quando da dispensa da obreira para verificar se a mesma está grávida,

visando de certa forma a proteção de ambas as partes da relação de trabalho. Agindo dessa forma, a empresa não estará discriminando.

A respeito da amamentação, é permitido a mulher parar o trabalho para amamentar seu filho, é o que reza o artigo 396 da CLT, e também a Convenção nº103 da OIT.

A empregada terá direito a dois intervalos de descansos especiais de meia hora cada um até que se filho complete seis meses de idade, para efeito de amamentação. Esse período de seis meses poderá ser dilatado, a critério da autoridade competente. No entanto, a lei não dispõe que intervalo seja remunerado. Isso quer dizer que a empresa não é obrigada a pagar por esse intervalo, ao contrário do intervalo previsto no art. 72 da CLT, que é remunerado e não deduzido da jornada de trabalho. (MARTINS, 2010, p. 619).

As empresas também se obrigavam a terem o mínimo de condições de receber essas crianças para serem alimentadas.

“Os locais destinados à guarda dos filhos das operárias durante o período de amamentação deverão possuir, no mínimo, um berçário, uma saleta de amamentação, uma cozinha e uma instalação sanitária, art. 400 da CLT.” (MARTINS, 2010, p. 619).

No tocante as previsões com relação ao trabalho da mulher grávida em locais insalubres, assunto mais importante do estudo, percebe-se que o legislador teve a sensibilidade de resguardar a saúde da mulher e do feto, pois era assegurado a gestante e lactante o direito ao afastamento de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, pelo tempo que durasse a condição impeditiva (gestação ou lactação). A tutela inserida em 2016, através da alteração da CLT pela Lei nº 13.287/2016, que incluiu o artigo 394-A ao texto da Consolidação: “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”.

Por certo que, não basta a norma legal determinar o afastamento da obreira em estado gravídico de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, pois pode acontecer de o empregador não possuir em sua empresa ambiente saudável para a obreira desempenhar suas funções, porque a empresa não dispõe de local com essa característica, motivo pelo qual deverá ser concedida à empregada licença remunerada.

Este artigo visava proteger não só a saúde da mulher trabalhadora, mas

também da vida do bebê. Ambientes insalubres sem sombra de dúvidas podem causar muito prejuízo a saúde da mulher e da criança.

## **REFORMA TRABALHISTA**

A partir de agora, será realizada uma sintetizada exposição sobre a reforma trabalhista. Há autores que a defendem, mas também há posicionamentos contrários.

“A chamada Reforma Trabalhista foi iniciada em 22.12.2016 com o Projeto de Lei encaminhado pelo Presidente da República a câmara dos deputados, recebendo o número PL 6.787/2016”. (LEITE, 2019, p. 38)

Ainda de acordo com Leite (2019, p. 38) muito embora, o PL 6.787/2016 versasse apenas sobre sete artigos que seriam modificados na CLT, o mesmo PL foi, “substancial e antidemocraticamente, ampliado pelo relator deputado Rogério Marinho que acrescentou/modificou 97 artigos da CLT”.

Destarte, este artigo não tem a pretensão em esgotar os tópicos no tocante a reforma, mas tão somente fazer uma análise crítica em relação ao artigo 394-A da Lei 13.467/2017.

Referido artigo causou surpresa e polêmica no âmbito jurídico, trazendo à baila questionamentos sobre retrocesso de direitos e insegurança jurídica. O campo das dúvidas reside em saber se, é constitucional ou inconstitucional?

Inicia-se, então, uma discussão tanto doutrinária quanto jurisprudencial em relação ao artigo citado.

## **BREVE ANÁLISE SOBRE A REFORMA TRABALHISTA NO TOCANTE AO TRABALHO EM CONDIÇÕES INSALUBRES PARA GESTANTES E LACTANTES**

Contemplaremos, portanto, o novo texto do artigo 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".

§ 2º Cabe a empresa pagar o adicional de insalubridade à gestante ou à lactante, efetivando-se a compensação, observado o disposto no art. 248 da Constituição, por ocasião do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço.

§ 3º - Quando não for possível que a gestante ou a lactante afastada nos termos do caput deste artigo exerça suas atividades em local salubre na empresa, a hipótese será considerada como gravidez de risco e ensejará a percepção de salário-maternidade, nos termos da Lei no 8.213, de 24 de Fui este texto que estremeceu a seara jurídica. Como já estudado no capítulo anterior, a antiga redação da CLT dizia que a empresa gestante ou lactante não poderia desempenhar suas funções em lugares insalubres, até alterar sua situação de fato e não correr nenhum risco.

A nova redação que entrou em vigor em 11.11.2017, já modificou o texto, permitindo que as empregadas gestantes sejam autorizadas a trabalharem em lugares cuja insalubridade seja de grau médio ou mínimo, desde que apresentem atestado por médico de confiança.

A respeito de as gestantes ficarem expostas ao grau máximo, o entendimento anterior permaneceu, de que a empregada deverá ser afastada.

Um dos argumentos para o legislador fazer essa flexibilização, foi de que evitaria discriminação, visando proteger a mulher, pois alega que em certos trabalhos, como por exemplo em hospitais, onde o ambiente é insalubre, estariam dispensando mão de obra feminina, em razão da gestação e lactação. Que para o hospital seria mais lucrativo contratar homens para o trabalho. Assim imaginou o legislador.

Segundo Maurício Godinho Delgado (2015, p. 719) discriminação significa:

Discriminação define-se como conduta pela qual se nega a alguém, função de fator injustamente desqualificante, tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta vivenciada. O referido princípio rejeita validade jurídica a essa conduta discriminatória.

Ocorre que, com essa atitude a sensação foi de que houve maior discriminação para com as mulheres, ferindo até mesmo o princípio da dignidade humana. Não se trata somente da saúde e da vida das empregadas, mas também de seu bebê. Ou seja, trata de direito de dupla titularidade, a mãe e ao bebê, além

de se estender a Constituição.

Um dos grandes questionamentos é a respeito dos atestados médicos, como por exemplo, se esses médicos poderiam afirmar que os lugares insalubres não iriam causar riscos à saúde da mulher e do bebê. Com qual embasamento/capacitação o médico poderia atestar sobre segurança do trabalho? Será que é profissional habilitado sofre o assunto?

Diante das críticas, e da insegurança jurídica gerada, este assunto foi levado ao Supremo Tribunal Federal através da Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos.

### **DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM FACE AO ARTIGO 394-A DA LEI 13.467/2017**

O Supremo Tribunal Federal decidiu declarar a inconstitucionalidade da expressão “quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento”, contida nos incisos II e III do art. 394-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), inseridos pelo art. 1º da Lei 13.467/2017, ou seja, decidiu pela procedência da ADI 5938/DF. O ministro Alexandre de Moraes foi o relator.

Dessa forma, seguem principais trechos do acórdão com sua fundamentação:

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.938 DISTRITO FEDERAL**

**EMENTA: DIREITOS SOCIAIS. REFORMA TRABALHISTA. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À MATERNIDADE. PROTEÇÃO DO MERCADO DE TRABALHO DA MULHER. DIREITO À SEGURANÇA NO EMPREGO. DIREITO À VIDA E À SAÚDE DA CRIANÇA. GARANTIA CONTRA A EXPOSIÇÃO DE GESTANTES E LACTANTES A ATIVIDADES INSALUBRES.**

1. O conjunto dos Direitos sociais foi consagrado constitucionalmente como uma das espécies de direitos fundamentais, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado Democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal. 2. A Constituição Federal proclama importantes direitos em seu artigo 6º, entre eles a proteção à maternidade, que é a ratio para inúmeros outros direitos sociais instrumentais, tais como a licença-gestante e o direito à segurança

no emprego, a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei, e redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. 3. A proteção contra a exposição da gestante e lactante a atividades insalubres caracteriza-se como importante direito social instrumental protetivo tanto da mulher quanto da criança, tratando-se de normas de salvaguarda dos direitos sociais da mulher e de efetivação de integral proteção ao recém-nascido, possibilitando seu pleno desenvolvimento, de maneira harmônica, segura e sem riscos decorrentes da exposição a ambiente insalubre (CF, art. 227). 4. A proteção à maternidade e a integral proteção à criança são direitos irrenunciáveis e não podem ser afastados pelo desconhecimento, impossibilidade ou a própria negligência da gestante ou lactante em apresentar um atestado médico, sob pena de prejudicá-la e prejudicar o recém-nascido. 5. Ação Direta julgada procedente.

#### A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Plenário, sob a Presidência do Senhor Ministro DIAS TOFFOLI, em conformidade com a ata de julgamento e as notas taquigráficas, por maioria, acordam em confirmar a medida cautelar e julgar procedente o pedido formulado na ação direta para declarar a inconstitucionalidade da expressão “quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento”, contida nos incisos II e III do art. 394-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), inseridos pelo art. 1º da Lei 13.467/2017, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio.

Percebe-se que os ministros seguiram o mesmo rumo de pensamento, constataram que a exposição de gestantes e lactantes a ambientes insalubres com certeza será um risco a vida da mulher e da criança. E que fere os direitos sociais, afronta a constituição federal, desrespeita as leis de proteção a mulher gestante no âmbito internacional. Contudo, somente o ministro Marco Aurélio, teve opinião divergente, sendo voto vencido.

Nesse passo, o presente estudo destacará trechos dos votos favoráveis a ADI 5.938/DF de dois ministros, são eles: o Ministro Alexandre de Moraes e a Ministra Rosa Weber (trechos do voto):

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR):[...]Aduz a Autora que 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. Assiste razão à autora, sendo inconstitucional a norma impugnada, que diminui a tutela de direitos sociais indisponíveis. [...] A Constituição Federal proclama importantes direitos em seu artigo 6º, entre eles a proteção à maternidade, que é a ratio para inúmeros outros direitos sociais instrumentais, tais como a licença-gestante, o direito à segurança no emprego, que compreende a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa da gestante e, nos incisos XX e XXII do artigo 7º, a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei, e redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.[...] 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 jurisprudência deste SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, aliás, reconhece a importância da proteção à maternidade e à saúde, como verificado no julgamento do RE 629.053, sob o regime de repercussão geral, cujo entendimento ficou assim firmado: A incidência da estabilidade prevista no art. 10, inciso II, do ADCT somente exige a anterioridade da gravidez à dispensa sem justa causa, independentemente de prévio conhecimento ou comprovação[...].

A Senhora Ministra Rosa Weber: [...]A Constituição afirma a jusfundamentalidade dos direitos ao trabalho, a proteção do mercado de trabalho da mulher, a redução dos riscos laborais e ao meio ambiente de trabalho saudável (arts. 6º, 7º–XX E XXII, e 225). Ainda, a Carta Magna reconhece como fundamentos da República os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa (art. 1º–IV), afeta a propriedade a função social, o que a mantém atrelada as noções de dignidade humana e justiça (arts. 5º–XXIII e 170–III), e proclama a centralidade do trabalho humano nas ordens econômica e social (arts. 170 e 193). A saúde, a maternidade e a infância são objetos de amplo e relevante complexo normativo que impõe máxima proteção a gestante e a lactante, inclusive no âmbito das relações trabalhistas (arts. 6.º, 196, 201–II, 203–I e 227 da Constituição). Normas de cunho protetivo, nesse particular, revestem-se de jusfundamentalidade material e servem a salvaguarda da própria vida como bem jurídico maior.[...] O legislador, ao alterar a redação do art. 394-A da CLT para autorizar o trabalho de gestantes e lactantes em condições insalubres, antes proibido, reduziu inadequadamente o nível de proteção a vida, a saúde, a maternidade, a infância e ao trabalho em condições dignas e seguras. Nessa ótica, a alteração legislativa revela sensível retrocesso social (art. 7.º–caput). [...]O art. 394-A–II e III da CLT, embora admita o afastamento de gestantes e lactantes de ambientes laborais insalubres, o faz de maneira condicionada e diferida, o que, sob vários aspectos, reduz inegavelmente a efetividade dos direitos fundamentais envolvidos. A norma impugnada ofende o princípio da proporcionalidade em sua dimensão positiva, como vedação e proteção deficiente, porquanto a (suposta) proteção – ou melhor, desproteção – que encerra não

atende a urgência reclamada pela situação de vulnerabilidade da trabalhadora, nem condiz com a relevância dos bens jurídicos em questão (vida, saúde, maternidade, infância e trabalho digno e seguro).[...] Feitas essas considerações, na minha compreensão, a alteração promovida pela Lei nº 13.467/2017 na redação do art. 394-A da CLT, implica inegável retrocesso social - por revogar a norma proibitória do trabalho da empregada gestante e lactante introduzida no sistema normativo trabalhista pela Lei nº 13.287/2016, além do menoscabo ao direito fundamental à saúde da mãe trabalhadora, no que transfere ao próprio sujeito tutelado a responsabilidade pela conveniência do afastamento do trabalho.

Os votos acima foram destacados em razão de resumirem os fundamentos principais mencionados pelos demais ministros que acompanharam o voto no sentido de julgar procedente a ação direta de inconstitucionalidade 5.938/DF.

Os ministros que concordaram com os votos acima contemplados foram: Ministro Edson Fachin, Ministro Luís Roberto Barroso, Ministro Luiz Fux, Ministra Carmén Lúcia, Ministro Ricardo Lewandowski, Ministro Gilmar Mendes, e Ministro Celso de Mello.

Em suma, referidos ministros versam sobre o Princípio da Proibição ao Retrocesso, sob o argumento de que é preciso reconhecer e respeitar o processo de transformação histórica de conquistas das mulheres. Não permitir que as vitórias já alcançadas sejam desconstituídas. A atual Constituição é o compilado de anos de decisões críticas, estudo, reivindicações e justiça.

Julgar constitucional o texto em apreço seria ir à contra mão ao Princípio da Dignidade Humana.

No mais, existem tratados internacionais que acompanham a Constituição brasileira no tocante ao desenvolvimento do direito social do trabalho.

A proteção a maternidade e ao nascituro, bem como a lactante, proíbem a sua exposição a agentes insalubres, pois não se sabe quais os efeitos nocivos podem resultar dessa exibição.

Para os ministros, analisando o assunto sob todos os aspectos, inadmissível, portanto, as trabalhadoras gestantes e lactantes trabalharem em ambiente insalubre, qualquer que seja o grau de insalubridade. Seria uma infração ao artigo 6º e 7º da Constituição. Atingiria também o Princípio da Precaução que é aplicado ao meio ambiente do trabalho.

Com efeito, refletiria no Princípio de Melhor Interesse da Criança, que ficaria à mercê de toda sorte de nocividade. Conforme reza o artigo 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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

Além do mais, atribuir à trabalhadora a faculdade de trabalhar em condições insalubres é um ato de covardia, pois como bem sabido, no Brasil, a maior parte das trabalhadoras são de baixa renda e pouco estudo, que na maioria das vezes precisam ajudar economicamente em casa para dar uma qualidade de vida melhor para sua família. Como se não bastasse, no caso de mulheres sozinhas, são a única fonte de renda para sustentar a família toda.

Por óbvio que, mulheres submetidas a estas condições visando suprir suas necessidades e de seus filhos, acabam aceitando trabalhar em condições insalubres, não só pelo fato do acréscimo da insalubridade em sua remuneração, mas também porque desconhecem o perigo eminente a sua saúde.

A saúde é considerada um dos bens jurídicos extrapatrimoniais, assim como a vida. Sendo assim, é possível afirmar que a saúde e a vida são os bens jurídicos mais preciosos e que merecem toda atenção por parte do poder judiciário.

Argumentam ainda que os juízes precisam ter coragem para decidir sobre questões de cunho ético, moral, e acima de tudo defender a base que é a Constituição Federal.

Nessa ótica, todo e qualquer texto que abale a estrutura normativa, deve ser visto com cautela, pois pode reduzir a efetividade dos direitos fundamentais envolvidos.

O direito do trabalho possui envergadura no direito constitucional, por isso deve existir harmonia entre eles. Com o olhar voltado aos princípios do direito do trabalho (já elencados no presente estudo) é que se pode afirmar que ADI 5.938/DF deve ser julgada procedente.

## **DO VOTO VENCIDO**

Considera-se primordial destacar, que no preâmbulo da Constituição Federal

(1988) foi instituído um estado democrático de direitos o qual foi atribuído:

O exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Para melhor elucidação, a pesquisa traz a baila o voto vencido do Ministro Marco Aurélio, no sentido de analisar os motivos pelos quais votou pela improcedência da ADI 5.938/DF.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – [...]Extraio da Constituição Federal princípio básico, que somente é afastável por ela, Constituição Federal: o do tratamento igualitário levando em conta os gêneros, o masculino e o feminino. Tudo se mostra muito bonito, observados os votos proferidos até aqui, mas não cabe simplesmente como que – e vejo não ser a óptica da sempre ilustrada e douta maioria – partir para atuação que encerre verdadeira política normativa. Não é sem razão que o Capítulo III da Consolidação das Leis do Trabalho, que versa a proteção do trabalho da mulher, tem início com artigo a encerrar o princípio a que me referi, do tratamento igualitário: Art. 372. Os preceitos que regulam o trabalho masculino são aplicáveis ao trabalho feminino, naquilo que não colidirem com a proteção especial instituída por este Capítulo. [...]. Essa motivação foi justamente – cogito, de um lado, da globalização – o impiedoso mercado de trabalho, com oferta excessiva de mão de obra e escassez de empregos. 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. O que nos vem do artigo 394 – não me refiro ao artigo com letra do alfabeto, ao 394-A – da Consolidação das Leis do Trabalho? Vem que: "Mediante atestado médico, à mulher grávida é facultado romper o compromisso" – fica dispensada inclusive do aviso prévio, que deve ser concedido ao tomador dos serviços – "resultante de qualquer contrato de trabalho, desde que este seja" – o trabalho – "prejudicial à gestação". Assegurou-se o que aponte como um bem de gradação maior que é a liberdade, a liberdade da prestadora dos serviços diante do estado gravídico. O artigo 394-A, aprovado diante do mercado de trabalho, diante do contexto mundial, em termos de prestação de serviços, o que prevê? "A empregada gestante será afastada, enquanto durar a gestação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres e exercerá suas atividades em local salubre," – desde que haja esse local salubre no tomador dos serviços – "excluído, nesse caso, o

pagamento de adicional de insalubridade." Tem-se o inciso I desse mesmo artigo 394-A – e que não é atacado nesta ação direta de inconstitucionalidade –, a dispor: "I – atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação;" Ela é afastada. E vem o inciso II, impugnado: "II – atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando" – ela, prestadora de serviços – "apresentar atestado de saúde, emitido" – e está previsto pedagogicamente no preceito – "por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação;" Onde o conflito dessa norma com a Constituição Federal? Não é razoável preconizar-se que haja um pronunciamento técnico de profissional da medicina sobre a conveniência do afastamento do ambiente insalubre em grau médio? Porque, se for em grau máximo, tem se enquadramento no inciso anterior, e o afastamento independe de qualquer atestado. No inciso III, versa-se a problemática – que não é problema, ao contrário, é recomendável – da lactação. Prevê o dispositivo: "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." [...] Há uma situação, inclusive, que se verificou no Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, tendo em conta a indústria dos atestados médicos para ter-se o afastamento, em alguns dias, do serviço. Um juiz, à época advogado – e acabei substituindo-o no Tribunal Regional do Trabalho –, defendendo empresas de ônibus, disse que não se poderia potencializar o atestado médico justificador de faltas ao serviço. E para demonstrar o asseverado, leu atestado, revelando que o Juiz que presidia a Junta de Conciliação e Julgamento estava, naquele dia, impossibilitado de trabalhar. Há princípio básico, em termos de controle difuso e concentrado de constitucionalidade. [...]. E repito: em preceito que encerra tão somente liberdade, liberdade da mulher prestadora dos serviços, no que prevista a possibilidade de afastamento do ambiente insalubre, em grau médio, se apresentado atestado médico, em outro que versa a questão da lactação, quanto a esse requisito para o afastamento, não há como assentar a inconstitucionalidade. [...].

Realizando uma síntese da ideia central do voto do referido ministro, é possível constatar que, uma das argumentações pela improcedência da ADI 5.938/DF, foi a de que fomentaria a igualdade nas atividades realizadas em ambientes insalubres, bem como a mulher em conjunto com seu médico de confiança estariam aptos a decidirem sobre a possibilidade de trabalho em ambientes insalubres. Afirma que há harmonia entre a nova da redação do artigo e princípios constitucionais.

Defende o Princípio Constitucional sobre a Igualdade de gêneros (direitos iguais para homens e mulheres). E que a competição no mercado de trabalho é árdua. Que toda proteção a mulher, se demasiada, acaba por prejudicá-la.

Declara que a mulher precisa ser livre, e para o ministro, ser livre significa

tomar suas próprias decisões, especialmente se ela gestante aceita trabalhar em condições insalubres de grau médio e mínimo. Diz ainda que a nova redação do artigo é para evitar discriminação quanto a mão de obra feminina. Por fim, o ministro votou na improcedência da ADI 5.938/DF, entendendo ser totalmente constitucional e correta a redação do artigo 394-A da Lei 13.467/2017.

## **CONCLUSÃO**

A priori, foi realizado um estudo sobre o Direito do Trabalho, sua definição, principais características, e seus princípios. Assim, foi possível concluir que o direito do trabalho é um ramo especializado do poder judiciário e almeja proteger o trabalhador (em regra, parte hipossuficiente da relação de emprego).

O Direito do Trabalho possui autonomia, características próprias, evolui com a dinâmica da vida em sociedade. Além de ser marcado por lutas e conquistas inesquecíveis.

Seus princípios são incriveis no sentido de aclarar e auxiliar na fundamentação para aplicação ao caso concreto, além de estarem de acordo com a Constituição Federal.

Está relacionado também na esfera internacional, sendo certo que está de acordo com as normas internacionais vigentes.

Com efeito, a Consolidação das Leis do Trabalho está alicerçada na Constituição Federal.

Foi tratado sobre o trabalho da mulher, sendo dentro deste assunto abordada a proteção ao trabalho da mulher, as garantias das gestantes e lactantes antes da reforma trabalhista e sobre o trabalho insalubre. Incontestemente, que antes da reforma trabalhista o legislador protegeu a trabalhadora gestante e o nascituro (bem como as lactantes), uma vez que era proibido a trabalhadora nestas condições biológicas desenvolver suas atividades laborais em ambientes insalubres. Independente do grau de insalubridade.

No mais, foi comprovado que lugares insalubres causam riscos à saúde da pessoa, imagine-se então para gestante e lactantes, onde abrange direito de dupla titularidade. Os agentes nocivos estariam não só afetando a mulher, mas ao bebê também. Nessa linha, caminham os entendimentos normativos internacionais.

O avanço das mulheres no mercado de trabalho se deu de forma gradativa,

porém, atualmente, atingiu proporções exponenciais, sendo comum a mulher ser a única a prover o lar. Na mulher reside a força e a sensibilidade.

Por fim, a reforma trabalhista, especialmente sobre o trabalho da mulher gestante e lactante em condições insalubres, texto este inserido no corpo do artigo 394-A da CLT, observa-se o posicionamento do Supremo Tribunal Federal ante ao ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade (ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos em face da parte final dos incisos II e III do art. 394-A da CLT, inseridos pelo art. 1º da Lei nº 13.467/2017, em que se aponta violação dos artigos. 1º, IV; 6º; 7º, XX, XXII; 170; 193; 196; 201, II; 203 I; e 225 da Constituição Federal).

O presente estudo não tem por objetivo a pretensão de esgotar o assunto em questão, mas tão somente verificar os argumentos utilizados pelos ministros a julgarem procedente a ação direta de inconstitucionalidade 5.938 distrito federal, bem como os argumentos utilizados pelo ministro Marco Aurélio ao votar improcedente, uma vez que, com toda certeza essa votação ficará marcada para sempre na história da sociedade, haja vista que trata de direitos indisponíveis fundamentais sociais.

Vive-se em democracia, assim, nada mais natural que haja divergência de opiniões, entendimentos, valores. A votação da ADI 5.938 DF foi um exemplo do exercício da democracia. Os ministros puderam expor seus valores, pensamentos amadurecidos, bagagem jurídica, e mais do que tudo, interpretar a Constituição que é a lei maior, a base norteadora de todas as demais normas.

Sem sombra de dúvidas, essa decisão ficará marcada para sempre e servirá de referência para as próximas gerações.

O artigo 394-A (parte final dos incisos II e III da Lei 13.467/2017), expõe a insensibilidade do legislador reformista relativa a proteção das mulheres gestantes e lactantes, e de forma latente, mostra a afronta à Constituição Federal bem como a vários princípios, como por exemplo: o Princípio da Vedação ao Retrocesso.

Referido princípio foi um dos argumentos mais citados pelos ministros que votaram procedente com relação a ADI 5.938 DF.

Em síntese o Princípio da Vedação ao Retrocesso social diz que nenhum legislador pode diminuir, nem mesmo um pouco, qualquer direito já alcançado.

Os ministros fundamentaram também na história da justiça do trabalho no Brasil, bem como fizeram uma conexão com as histórias de outros países

desenvolvidos, e se remeteram a toda legislação internacional. Aduziram sobre o bom senso, questões biológicas, os percalços que somente a mulher em estado gravídico enfrenta.

Destacaram que a lei maior dedica um espaço somente para tratar da proteção especial à maternidade e ao nascituro, assim como a lactente. Que o assunto em questão é importantíssimo, pois não se pode desconstituir direitos fundamentais sociais adquiridos.

Relatam que a mulher ficaria totalmente desprotegida, a mercê de seu empregador, e que por medo de perder o trabalho, a maioria delas, preferiria ir trabalhar em locais insalubres, e para isso, pediram atestado para seu médico de confiança.

Seria uma violenta e indefensável afronta ao Princípio da dignidade da pessoa humana. A realidade brasileira, como sabido por todos, é lastimável, as mulheres muitas vezes exercem o papel de pai e mãe ao mesmo tempo, sustentam suas famílias, e possuem baixo grau de escolaridade, o que as impossibilita de buscarem algo melhor.

A trabalhadora em estado gravídico/ lactante está em seu estado mais vulnerável possível, e não se pode se aproveitar dessa condição. Por se tratar de direitos irrenunciáveis, não se pode simplesmente apostar no desconhecido.

Alegam os ministros que, o legislador reformista não pensou nas consequências que isso poderia causar a criança e a mulher. Que o futuro é incerto, e os danos que essas mulheres e crianças possam sofrer são muito maiores e mais preocupantes do que simplesmente ver uma forma de mantê-las no trabalho.

Observa-se que o direito em questão é de dupla titularidade, uma vez que não se trata somente da mulher, mas também do nascituro/criança.

Inconcebível, portanto, a nova redação do artigo, pois empurra abertamente a responsabilidade para a mulher trabalhadora, que poderá agir com negligência.

Ademais, preza-se pela qualidade de vida das hipossuficientes, que merecem e devem ser protegidas pelas leis do país. Muito embora o legislador reformista alegue, que na boa intenção, quis buscar melhores condições de igualdade e liberdade para as mulheres, e evitar discriminações no mercado de trabalho, o fato é que piorou, e muito.

Sendo verdadeiro os sentimentos do legislador, este, cometeu o maior dos erros, o de não observar o que reza a Constituição Federal. Trouxe com a reforma,

neste assunto específico, insegurança jurídica e medo para a sociedade.

De acordo com o entendimento do ministro Marco Aurélio (voto vencido), seu voto foi no sentido de buscar igualdade para as mulheres, invocando o Princípio da Isonomia, e citando, inclusive o artigo 372 da Constituição Federal, que fala sobre o tratamento igualitário entre homens e mulheres no âmbito da justiça do trabalho.

Para o ministro, a mudança na redação do artigo foi legítima, diz ainda que o legislador vislumbrou o entendimento do artigo 372 da Constituição Federal.

Além da globalização, da falta de trabalho e da difícil realidade no mercado de trabalho. O ministro menciona que proteger demasiadamente a mulher trabalhadora, pode ter efeito contrário. Alega que a mulher precisa ter mais liberdade, inclusive no tocante a escolha de trabalhar (gestante/lactante) em ambientes insalubres (grau médio e mínimo). Que votar pela procedência da ADI 5.938 DF iria contra a liberdade que a mulher tanto busca. Liberdade esta que também é garantida a todos.

Tenta amenizar, alegando que a mulher em estado gravídico ou lactante só não teria o direito de escolher em se tratando de ambiente com grau de insalubridade máxima, pois daí seria sim prejudicial à saúde.

No mais, o ministro aduz que o artigo em questão estaria em harmonia com a Constituição Federal, e que ouvir um profissional médico sobre a possibilidade da mulher trabalhar em ambientes insalubres nos termos da nova redação do artigo 394-A, é plenamente razoável.

Que o direito de liberdade do indivíduo, e especialmente da mulher trabalhadora estaria sendo ferido, e em razão disso poderia prejudicar ainda mais a figura da mulher no mercado de trabalho, pois ela poderia sofrer discriminação, e até boicote no mercado de trabalho que é tão cruel e capitalista.

Embora seja louvável o entendimento do ministro Marco Aurélio, este foi o único ministro que expressou tal entendimento.

Assim, ante o provocamento do poder judiciário sobre a questão, de forma prudente, coerente, quase que unânime e fundamentada, foi que ADI 5.938 DF foi julgada procedente.

Inadmissível, portanto, sacrificar direitos fundamentais destacados na Constituição Federal. Apesar de a discriminação contra a mulher ser algo enraizado na sociedade, não se pode combatê-la suprimindo direitos, muito pelo contrário, se faz necessário uma reeducação político-social.

Assim, o direito à vida, a saúde e proteção da mulher gestante e lactante (a criança e o nascituro) se sobrepõe a proteção a permanência no trabalho.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Planalto, Brasília, 1943. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 6 mar. 2020.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Lei nº 13.287, de 11 de maio de 2016. Planalto, Brasília, 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Ato2015-2018/2016/Lei/L13287.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2016/Lei/L13287.htm). Acesso em: 6 mar. 2020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação direta de inconstitucionalidade. Portal STF, Brasília, 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5447065>. Acesso em: 7 mar. 2020.

COLLANERI, Carla Lourenço Tavares. **A gestante em atividades insalubres: proteção ou discriminação?** Uma visão acerca da legislação após as recentes alterações trazidas pela reforma trabalhista. Âmbito Jurídico, São Paulo, ago. 2018. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-do-trabalho/a-gestante-em-atividades-insalubres-protecao-ou-discriminacao-uma-visao-acerca-da-legislacao-apos-as-recentes-alteracoes-trazidas-pela-reforma-trabalhista/>. Acesso em: 6 mar. 2020.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8. ed. São Paulo: Editora LTr, 2015.

JOÃO, Sidnei Maximo. **O trabalho e o direito da mulher**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1997.

SILVA JUNIOR, Nilson Nunes da. **Segunda dimensão dos direitos fundamentais**. Âmbito Jurídico, São Paulo, mar. 2010. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/segunda-dimensao-dos-direitos-fundamentais/>. Acesso em: 6 mar. 2020.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MARTINES, Fernando. **Lei que exige atestado para gestante em trabalho insalubre é inconstitucional**. Consultor Jurídico, São Paulo, abr. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-30/moraes-declara-inconstitucional-lei-exige-atestado-gestante>. Acesso em: 6 mar. 2020.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Saraiva,

2018.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Manual Esquemático de Direito e Processo do Trabalho**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MARTINS, Pinto Sergio. **Direito do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MARTINS, Pinto Sergio. **Direito do trabalho**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MELO, Raimundo Simão de Melo. **Reforma erra ao permitir atuação de grávida e lactante em local insalubre**. Consultor Jurídico, São Paulo, jul. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-21/reflexoes-trabalhistas-reforma-erra-permitir-gravida-lactante-local-insalubre>. Acesso em: 6 mar. 2020.

PEREZ, Luana Castro Alves. **“Cinco Poemas de Cora Carolina”**. Mundo Educação - UOL, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://mundoeducacao.bol.uol.com.br/literatura/cinco-poemas-cora-coralina.htm>. Acesso em: 5 mar. 2020.

SILVA, Daniel Neves. **8 de março – Dia Internacional da Mulher**. Brasil Escola, 2020. Disponível em: <https://brasilescola.uol.com.br/datas-comemorativas/dia-da-mulher.htm>. Acesso em: 5 mar. 2020.