

A INCONSTITUCIONALIDADE DOS INCISOS II E III DO ART. 394–A DA CLT ANTE A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADI N. 5.938

Fernanda Ambros
Rodrigo Goldschmidt

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto tratar sobre a inconstitucionalidade dos incisos II e III do art. 394–A da CLT à luz do entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado na ADI n. 5.938. Para alcançar tal objetivo foi utilizado o método de abordagem dedutivo, com consulta de dados gerais e, também, a análise do julgado do STF supracitado, para traçar apontamentos sobre a inconstitucionalidade das inovações promovidas pela Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017) no tocante aos direitos da mulher gestante e lactante. Além disso, para se chegar ao objetivo do trabalho utilizou-se a técnica de pesquisa bibliográfica, por meio de interpretação jurídica pautado na análise da doutrina, da jurisprudência e da legislação vigente. Neste trabalho, foram realizados alguns apontamentos sobre a evolução dos direitos humanos e trabalhistas das mulheres, assim como em relação à proteção à maternidade. Em seguida, foram

abordados os efeitos da flexibilização das normas trabalhistas concretizado pela Reforma Trabalhista, principalmente em relação aos direitos das trabalhadoras gestantes e lactantes, e o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal diante das inovações legislativas. Foi verificado ao final, que, o Supremo Tribunal Federal com base no princípio da dignidade da pessoa humana e diante dos direitos fundamentais da trabalhadora gestante ou lactante, reconhece a impossibilidade do exercício de atividades insalubres por gestantes e lactantes. Diante disso, é possível concluir a necessidade da tutela dos direitos das trabalhadoras já consagrados na Constituição Federal pelo Poder Judiciário, ante a constante tentativa do Poder Legislativo em ceifar tais garantias.

Palavras-chave: Direitos da mulher. Trabalhadora gestante e lactante. Reforma trabalhista. Supremo Tribunal Federal. Dignidade humana.



Fernanda Ambros

Mestre em Direito pela UNESC. Especialista em Direito e Processo Tributário (Estácio de Sá). Especialista em Direito e Processo Penal (Uniasselvi). Graduada em Direito (UNISUL). Professora do curso de Direito da FUCAP/UNIVINTE.



Rodrigo Goldschmidt

Pós-doutor em Direito pela PUC/RS. Mestre e Doutor em Direito pela UFSC. Professor e Pesquisador permanente do PPGD/UNESC. Juiz Titular de Vara do TRT12.

1 INTRODUÇÃO

Diante da constante flexibilização dos direitos dos trabalhadores e das alterações promovidas na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) pela Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), surge uma maior preocupação com os direitos da trabalhadora, em especial da empregada gestante e lactante.

Mediante muita luta, as mulheres foram conquistando direitos que as aproximasse de uma situação de igualdade em relação aos homens, porém ainda se apresenta como um desafio a efetivação das garantias previstas no ordenamento jurídico pátrio.

Como se não bastasse a ineficácia de muitos direitos já consagrados às trabalhadoras, inclusive na Constituição Federal de 1988, por conta da flexibilização dos direitos trabalhistas, muitas garantias vêm sendo ceifadas pelo Poder Legislativo.

Ante este quadro, torna-se necessário que o Poder Judiciário assumira importante papel no controle dessas mudanças, pautando-se, inclusive, nos princípios e garantias previstos na Constituição Federal de 1988.

Este é o caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 5.938, na qual se busca a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos incluídos na CLT (art. 394-A caput e incisos II e III) que admitiam a possibilidade de trabalhadoras grávidas e lactantes desempenharem atividades insalubres em determinadas hipóteses.

Recentemente o Supremo Tribunal Federal (STF) posicionou-se sobre o tema. No dia 29 de maio de 2019, julgou procedente a ADI n. 5.938, reconhecendo a inconstitucionalidade dos incisos II e III do art. 394-A da CLT, inseridos

pelo art. 1º da Lei n. 13.467/2017.

Nesse diapasão, o tema central da presente pesquisa é analisar a decisão do Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.938, no que toca à inconstitucionalidade da possibilidade de desempenho de atividade insalubre por gestantes e lactantes, conforme previsto na Lei 13.467/2017.

Para tanto, o presente artigo está dividido em 4 itens. Após a introdução, o segundo item tem por objetivo traçar breves apontamentos sobre a proteção do trabalho digno da mulher e acerca dos direitos trabalhistas das mulheres, especialmente no tocante à proteção à maternidade, à luz da Constituição Federal de 1988.

No terceiro item será realizada uma análise acerca do contexto da Reforma Trabalhista na privação de direitos das mulheres gestantes e lactantes, bem como sobre o posicionamento adotado pelo STF no julgamento da ADI n. 5.938.

Por fim, a presente pesquisa se encerra com as considerações finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre os direitos das mulheres gestantes na atualidade.

O método de abordagem utilizado será, predominantemente, o método dedutivo, partido de dados gerais, adentrando na análise do julgado do STF supracitado, para traçar apontamentos sobre a inconstitucionalidade das inovações promovidas pela Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017) no tocante aos direitos da mulher gestante e lactante e com relação ao entendimento firmado sobre a possibilidade de desempenho de atividade

insalubre por estas mulheres.

Para se chegar ao objetivo deste trabalho utilizou-se a técnica de pesquisa bibliográfica, por meio de interpretação jurídica pautado na análise da doutrina, da jurisprudência e da legislação vigente.

2 A PROTEÇÃO AO TRABALHO DIGNO DAS MULHERES

Antes de adentrar ao tema referente à proteção ao trabalho digno da mulher, é necessário traçar breves apontamentos sobre a evolução dos direitos trabalhistas da mulher, conquistados a partir do reconhecimento desta como sujeito de direitos e digna da proteção concedida a todos indivíduos pelos direitos humanos.

2.1 DIREITOS TRABALHISTAS DAS MULHERES

Os direitos trabalhistas são um reflexo da conquista dos direitos humanos, os quais são resultados de lutas e embates políticos. No que tange aos direitos das mulheres, o reconhecimento dos seus direitos como parte indissociável dos direitos humanos é algo recente, posto que, em um primeiro momento, os direitos humanos foram pautados em uma visão masculina e machista, renegando todas as particularidades e interesses femininos (LOLI E., 1996).

Destaca-se que no século XVIII, a igualdade, ideal da Revolução Francesa, não incluía as mulheres, somente dizia respeito à igualdade entre os indivíduos do sexo masculino. A mulher era excluída da sociedade e considerada ser inferior, frágil e submissa (LOLI E., 1996). Tal realidade se faz presente nos

dias de hoje, inclusive no mercado de trabalho, já que as mulheres permanecem sofrendo discriminações, possuem menores salários em relação aos homens e são assediadas de diferentes maneiras.

Diante das injustiças cometidas contra as mulheres, iniciou-se um movimento internacional para reconhecimento de seus direitos. As primeiras contribuições e tentativas de internacionalização dos movimentos das mulheres surgiram na Primeira Conferência Interamericana de Mulheres de 1922, oportunidade em que foram aproximadas as pautas sobre as lutas feministas (BARRETO, 2016).

Todavia, foi com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 que se iniciou um processo de especificação de direitos e garantias, observando-se os interesses e particularidades dos indivíduos, visando a contemplação de todos os sujeitos de direitos. A partir desse momento, e após a luta incessante pelo reconhecimento e efetivação de seus direitos é que as mulheres passaram a ter importância no cenário mundial (BARRETO, 2016; LOLI E., 1996).

Da mesma forma como ocorreu com o reconhecimento dos direitos humanos das mulheres, a conquista dos direitos das trabalhadoras ocorreu de forma gradual e após muita mobilização.

Com efeito, a ausência de reconhecimento do papel da mulher na sociedade, fez com que, por muitos anos e em especial após a Revolução Industrial, as mulheres fossem lançadas a condições precárias de trabalho e de miserabilidade. As operárias trabalhavam de forma exaustiva, todos os dias da semana, e não possuíam qualquer direito trabalhista que

as garantisse o mínimo de dignidade (SOARES; MARCARI; FONSECA, 2017; LUZ et al., 2009).

Com o surgimento do constitucionalismo social – que objetivava maior defesa em relação aos direitos sociais nas constituições dos países –, o direito do trabalho passou a ser visto como uma questão de interesse social e algo a ser promovido pelo Estado. Nesse momento, fala-se da segunda dimensão dos direitos humanos fundamentais¹.

Nesse período, e diante das mobilizações das mulheres, dá-se início ao reconhecimento dos direitos das trabalhadoras em âmbito internacional com a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1919. A partir daí foram concedidos direitos às mulheres, os quais deveriam ser resguardados no ambiente de trabalho. Merecem destaque as Convenções 3 e 4 de 1919 e, posteriormente, as Convenções 100, 103 e 111 da OIT, as quais dispõem sobre direitos da mulher e tratam sobre o princípio da igualdade e a proibição de qualquer ato discriminatório por motivo de gênero, raça, religião, etc. (RIGONI; GOLDSCHMIDT, 2015).

No Brasil, as primeiras regulamentações

1 A partir da Constituição alemã de Weimar de 1919, e das Constituições do pós-guerra, fala-se da segunda dimensão dos direitos humanos fundamentais, quais sejam, os direitos sociais, culturais e econômicos. Tais direitos foram positivados e originados para que o princípio da igualdade fosse, de fato, concretizado, o que se tornou necessário, diante do impacto da industrialização e dos graves problemas sociais e econômicos da época (BONAVIDES, 2007; SARLET, 2012). Tratam-se de direitos a prestações sociais estatais, como os direitos à assistência social, à educação, à saúde e ao trabalho (SARLET, 2012, p.47). Como destaca Sarlet (2012, p. 48), os direitos fundamentais de segunda dimensão abrangem não somente direitos de natureza positiva (direitos de cunho prestacional), mas também os direitos relacionados às “liberdades sociais”, aqui compreendidos o direito à sindicalização, o direito de greve, direitos fundamentais aos trabalhadores (direito às férias, ao repouso semanal remunerado, etc.).

sobre o trabalho da mulher surgiram em 1932. Porém, somente a partir da Constituição Federal de 1988 é que as mulheres passaram a ser tratadas pelo ordenamento jurídico de forma igualitária, com a busca pela maior proteção ao trabalho da mulher, à segurança e saúde no ambiente laboral (RIGONI; GOLDSCHMIDT, 2015; LUZ et al., 2009).

Considerando a importância sobre o tema, é necessário discorrer sobre as proteções concedidas pela Constituição Federal de 1988 ao trabalho digno da mulher.

2.2 PROTEÇÃO AO TRABALHO DIGNO DA MULHER NO MERCADO DE TRABALHO

Consoante destaca Goldschmidt e Renck (2016, p. 29) “A atual Constituição também faz expressa menção à valorização do trabalho humano como fundamento da ordem econômica, e determina que esta seja regida pela busca do pleno emprego (art. 170), o que mostra a importância social atribuída ao trabalho”.

Tendo em vista tamanha importância concedida ao trabalho, a Constituição Federal de 1988 dedica um capítulo para tratar sobre os Direitos Sociais. O art. 7º de referido diploma legal possui um rol de direitos destinados a salvaguardar os direitos dos trabalhadores (BRASIL, 1988).

Os direitos previstos no artigo 7º da Constituição Federal são reconhecidos como direitos fundamentais. Tratam-se de direitos fundamentais específicos dos trabalhadores, nas relações de trabalho ou emprego. Sobre o tema, Vecchi (2011, p. 117) destaca em sua obra:

Os direitos fundamentais específicos dos trabalhadores (direitos fundamentais sociais) são aqueles direitos expressamente destinados aos trabalhadores e que têm, em regra, como sujeito passivo os empregadores, públicos ou privados. Como exemplo, pode ser citado a quase totalidade dos direitos fundamentais previstos no art. 7º da CF de 1988 (...), cuja aplicação nas relações privadas sequer é questionada.

Porém, existem também direitos fundamentais inespecíficos, que se destinam a todos os indivíduos e possuem eficácia inclusive nas relações trabalhistas (VECCHI, 2011, p. 119). Importante ressaltar que todos os direitos fundamentais, específicos ou não, nas palavras de Vecchi (2011, p. 119), visam concretizar a dignidade humana².

Ressalta-se que a dignidade da pessoa humana é, de acordo com Goldschmidt e Renck (2016, p. 29), alicerce do direito do trabalho - o qual deve ser garantido de forma eficaz pelo Estado -, e foi adotada pela Constituição Federal de 1988 como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, consoante faz ver o art. 1º, inciso III, de referido diploma legal (BRASIL, 1988).

Trata-se de um princípio fundamental norteador de todas as relações jurídicas, inclusive as de cunho privado, como a relação empregatícia. Sarlet (2011, p. 28) ao discorrer sobre a dignidade da pessoa humana, ensina que a “dignidade da pessoa, diversamente

do que ocorre com as demais normas jusfundamentais, não se cuida de aspectos mais ou menos específicos da existência humana (...), mas sim de uma qualidade tida como inerente (...), atribuída a todo e qualquer ser humano”.

Além disso, para o autor, há nítida conexão entre os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, todavia, destaca que esta serve de critério para a construção de um conceito aberto de direitos fundamentais na ordem constitucional, ou seja, existem direitos fundamentais que vão além dos previstos no título II da Constituição Federal de 1988. A dignidade da pessoa humana assume papel de destaque, principalmente na concepção e identificação de outros direitos fundamentais sediados em outras partes da Constituição Federal (SARLET, 2011, p. 73-75).

Ante a importância da dignidade da pessoa humana e considerando que esta norteia todo o ordenamento jurídico, obviamente os trabalhadores mantem consigo a sua dignidade no desempenho de suas atividades laborais. É por conta disso que os direitos dos trabalhadores não se limitam aos dispositivos do rol do art. 7º, da Constituição Federal de 1988.

E é com base no princípio da dignidade da pessoa humana e também no da igualdade material³, que a Constituição Federal tratou sobre alguns direitos específicos às trabalhadoras, como a proibição de qualquer ato discriminatório por motivo de sexo, reconheceu a necessidade de proteção do

2 Sobre a dignidade da pessoa humana, Vecchi (2011, p. 119) lembra que “num ordenamento jurídico democrático de direito fundado na dignidade da pessoa humana o que se requer é a proteção integral da pessoa humana, visto a unidade e indivisibilidade de todas as dimensões dos direitos fundamentais”.

3 Sobre igualdade material, consoante dispõe Goldschmidt e Renck (2016, p. 22) “A Constituição de 1988 não se limitou ao conceito liberal formal da igualdade. Em várias passagens previu possibilidades de tratamentos diferenciados aos que estiverem em situação de desigualdade. Trata-se da igualdade material, atenta às diferenças que visa superar”.

mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, e garantiu o direito à licença maternidade, com duração de 120 dias, sem prejuízo do emprego e do salário (BRASIL, 1988).

As regras protetivas específicas em relação às trabalhadoras visam alcançar a igualdade material entre homens e mulheres e reconhecer as especificidades das necessidades e particularidades das mulheres.

2.2.1 Proteção ao trabalho da mulher gestante e lactante

Especialmente no que tange à proteção da trabalhadora gestante e lactante no mercado de trabalho, a partir da Constituição Federal de 1988, foi concedido à mulher a licença maternidade de 120 dias (BRASIL, 1988). Ainda, a Consolidação das Leis do Trabalho dedicou alguns dispositivos para tratar sobre a proteção à maternidade (artigos 391 a 400 da CLT) (BRASIL, 1943).

No entanto, diversos artigos previstos na Constituição Federal de 1988 de forma esparsa, visam a proteção à maternidade, à gestação, à saúde, à mulher, ao nascituro e à criança. Com efeito, o art. 6º dispõe que “são direitos sociais (...) a proteção à maternidade e à infância”; os artigos 201 e 203 do referido diploma legal, tratam sobre a previdência e assistência social e preconizam que ambas atenderão e terão como objetivos a proteção à maternidade, à gestante e à infância. Ainda, o artigo 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, garante à mulher a estabilidade no emprego desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto (BRASIL, 1988).

Ao tratar sobre o direito social à proteção

da maternidade e da infância, José Afonso da Silva (2008, p. 187) discorre:

A proteção à maternidade é uma forma de direito social que participa da natureza dos direitos previdenciários (art. 201, II) e dos direitos assistenciais (art. 203, I), e enquanto trabalhadora a gestante auferirá ainda os benefícios previdenciários do mesmo art. 201, II, e benefícios dos direitos trabalhistas, por meio de licença sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de 120 dias (...). A proteção à infância é um direito social de natureza assistencial, nos termos do art. 203, I e II, pois aqui a proteção é duplamente referida: no inciso I, proteção à infância e à adolescência; no inciso II, amparo às crianças e adolescentes carentes.

A proteção à maternidade e ao trabalho da mulher gestante e lactante tem íntima ligação com a dignidade da pessoa humana, posto que está relacionada à proteção à vida, à saúde, à segurança tanto da mulher quanto da criança.

Os mecanismos de proteção ao trabalho da mulher gestante e lactante relacionados à garantia a estas mulheres de um ambiente saudável e seguro de trabalho, visam a possibilidade da trabalhadora conciliar o exercício das suas atividades laborais com a maternidade (PEREIRA, 2017).

Ademais, há uma proteção também especial à nova vida em formação. Chaves (200, p. 57) lembra que “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”.

Destaca-se, ainda, que normas supralegais, constantes de diplomas internacionais sobre

direitos humanos, dos quais o Brasil é signatário, também visam garantir essa rede de proteção. (BARRETO, 2016; LOLI E., 1996).

No entanto, em que pese o reconhecimento constitucional à proteção à maternidade, à gestante e à lactante e ao nascituro, diante da flexibilização das normas trabalhistas, vários direitos consagrados vêm sendo tolhidos pelo Poder Legislativo, sendo necessária a intervenção do Poder Judiciário para a tutela e manutenção de direitos e garantias já conquistados.

3 A REFORMA TRABALHISTA PREVISTA NA LEI N. 13.467/2017 E A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 5.938

Como brevemente exposto acima, o direito do trabalho, principalmente em relação às mulheres, evoluiu de forma gradual e ao longo dos séculos. A partir de grandes mobilizações e da mudança na conduta dos trabalhadores é que estes direitos passaram a ser tutelados pelo Estado.

Entretanto, atualmente, é possível constatar um retrocesso em relação à concretização dos direitos trabalhistas. Há uma tentativa crescente na mitigação de direitos, resultado de uma imposição da ideologia neoliberal (GOLDSCHMIDT, 2009).

Em face da globalização e das transformações de capital, deu-se início a uma discussão no tocante à flexibilização das normas trabalhistas, visando diminuir o cunho protecionista dos direitos dos trabalhadores.

De acordo com Cunico e Oliveira (2011, p. 29), “o termo flexibilização essencialmente opõe-se ao conceito de rigidez”. Os autores ressaltam também que “A flexibilização no

Direito do Trabalho significa tratar diretamente a questão da rigidez legal em um sistema legislativo tradicionalmente assentado em bases positivistas” (CUNICO; OLIVEIRA, 2011, p. 29).

Alguns doutrinadores defendem a flexibilização das normas trabalhistas ao argumento de que somente esta medida seria capaz de preservar a empresa e os empregos dos trabalhadores em tempo de crise. Cassar (2015, p. 5) corrobora com tal afirmativa, ao mencionar que no “confronto travado entre a necessidade de se manter um estado social de direito e a crise econômica das empresas, a flexibilização se mostra como o melhor meio de composição deste conflito, mas de forma responsável e sem abuso”.

Em contrapartida, Uriarte (2002, p. 55) critica tais entendimentos e ressalta que “A incapacidade do sistema econômico de criar ou manter o emprego tem levado seus cultores a culpar o Direito do Trabalho, que seria um dos obstáculos à sua ação (...)”, desse modo, o autor conclui que a tentativa de minoração de direitos e garantias fundamentais do trabalhador é reflexo da ineficiência econômica e também do desequilíbrio de forças entre capital e trabalho.

Embora a existência de vasta discussão doutrinária a respeito da flexibilização das normas trabalhistas, ela é extremamente atual e pode ser observada a partir de várias inovações legislativas promovidas recentemente, como a Lei n. 13.429/2017, chamada de Lei da Terceirização, e a Lei n. 13.467/2017, também nominada de Reforma Trabalhista, a qual altera diversos dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, mitigando direitos dos trabalhadores.

Entre os direitos relativizados pela

Reforma Trabalhista, estão as garantias das mulheres gestantes e lactantes. Sobre tais alterações, deve-se fazer uma breve análise, a fim de constatar a real necessidade e prejudicialidade das inovações.

3.1 O CONTEXTO DA REFORMA TRABALHISTA NA PRIVAÇÃO DE DIREITOS DAS GESTANTES E LACTANTES

Como um reflexo da flexibilização dos direitos dos trabalhadores, a Lei n. 13.467/2017, alterou alguns artigos da Consolidação das Leis do Trabalho demasiadamente importantes para a proteção da mulher gestante e lactante (BRASIL, 2017).

A Consolidação das Leis do Trabalho prevê em seu texto dispositivos relativos à proteção à maternidade. Os artigos 391 e seguintes de referida norma, tratam sobre a proteção à mulher gestante, lactante e adotante, e visam, inclusive, à proteção da criança (BRASIL, 1943).

Anteriormente à Lei n. 13.467/2017, foi editada a Lei n. 13.287/2016, a qual incluiu no texto da Consolidação das Leis do Trabalho a seguinte prerrogativa às mulheres gestantes e lactantes: “Art. 394-A. A empregada gestante ou lactante será afastada, enquanto durar a gestação e a lactação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, devendo exercer suas atividades em local salubre” (BRASIL, 1943).

A inovação de cunho claramente protetivo, visava garantir à mulher gestante ou lactante, os direitos à saúde, à segurança, a um ambiente de trabalho sadio, bem como à sua dignidade e à proteção da criança, posto que, segundo o art. 189 da CLT são consideradas atividades insalubres “aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à

saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos” (BRASIL, 1943).

Além do mais, a positivação de referido direito, em que pese tenha se dado tardiamente, foi uma conquista das trabalhadoras. A partir da vigência da norma 13.287/2016, as mulheres gestantes e lactantes não poderiam exercer mais qualquer atividade laboral insalubre que colocasse em risco a sua saúde ou a de seu filho.

Todavia, sob o prisma da flexibilização dos direitos trabalhistas referida norma restou revogada pela Lei n. 13.467/2017. Diante da tendência de redução de direitos com a finalidade de obtenção de maiores lucros pelo empregador, o art. 394-A da CLT foi alterado da seguinte maneira:

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 (BRASIL, 1943).

Nota-se que a partir da Reforma Trabalhista, tornou-se possível o desenvolvimento de atividades laborais consideradas insalubres pela mulher gestante ou lactante. Com efeito,

o direito ao afastamento das trabalhadoras em atividades insalubres em grau mínimo ou médio, não seria mais automático, decorrente da gestação ou do período da amamentação, para concretizar tal garantia, elas deveriam apresentar atestado de saúde que recomendasse o afastamento (BRASIL, 2017).

Esse é um clássico exemplo do resultado da flexibilização dos direitos trabalhistas: a inobservância dos direitos das trabalhadoras; porquanto o art. 394-A e incisos da Consolidação das Leis do Trabalho é contrário a todos os dispositivos constitucionais que visam a saúde, segurança e proteção da mulher, da maternidade, da lactante e da criança, dispostos ao longo da Constituição Federal de 1988.

Com efeito, as atividades laborais desenvolvidas em local insalubre podem causar danos graves à mulher e ao nascituro, que se encontra em desenvolvimento:

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 (PAUMGARTEN, 2013, p. 1486).

Diante desta afronta, a Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos, promoveu, em 26/04/2018, no Supremo Tribunal Federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.938, na qual buscou a declaração de inconstitucionalidade dos incisos II e III do art. 394-A da CLT.

A ação foi julgada no dia 29 de maio

de 2019 e a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal merece destaque neste estudo, principalmente com o objetivo de se averiguar os fundamentos utilizados pelos ministros ao decidirem a demanda.

3.2 ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO TOCANTE AOS DIREITOS DA TRABALHADORA GESTANTE E LACTANTE

Com o ajuizamento da ADI 5.938, o Supremo Tribunal Federal viu-se obrigado a posicionar-se no tocante à possibilidade ou não da mulher gestante ou lactante exercer suas atividades laborais em local insalubre.

Em 30 de abril de 2019, o Ministro Alexandre de Moraes analisou a medida cautelar de suspensão dos efeitos do art. 394-A incisos II e III, da CLT, requerida na ação supracitada.

Em sede de liminar, o Ministro consignou que a lei se presume constitucional, porquanto elaborada pelo Poder Legislativo e sancionada pelo Poder Executivo e que para concessão da medida cautelar seria necessário analisar a conveniência da medida (STF, 2019a).

Todavia, o Ministro consignou que estavam preenchidos os requisitos do *fumus boni juris* e o *periculum in mora* necessários para o deferimento da medida cautelar pleiteada. Foi reconhecido em sede de liminar que o texto da lei inovadora expõe as empregadas gestantes a atividades insalubres de grau médio ou mínimo e às empregadas lactantes em atividades insalubres de qualquer grau, o que restou, em juízo perfunctório, considerado uma afronta aos preceitos constitucionais previstos nos artigos 6º, 7º e 227 (STF, 2019a). Do julgado extrai-se:

A proteção a 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. Dessa maneira, entendo, em juízo de cognição sumária, que as expressões impugnadas não estão em consonância com os dispositivos constitucionais supramencionados, os quais representam não apenas normas de proteção à mulher gestante ou lactante, mas também ao nascituro e recém-nascido lactente (STF, 2019a).

Ainda, interessante destacar que o Ministro Alexandre de Moraes, consignou que o STF reconhece a importância da proteção à maternidade e à saúde:

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 (...). Naquele julgamento (Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, DJe de 27/2/2019), consignei que 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 (STF, 2019a).

No tocante ao perigo da demora, o Ministro destacou que o requisito estaria presente, tendo em vista que as “expressões impugnadas permitirem a exposição de empregadas grávidas e lactantes a trabalho em condições insalubres, o que deve ser obstado desde logo” (STF, 2019a).

Após a concessão da medida cautelar requerida, as partes foram intimadas e deu-se andamento à ADI n. 5.938. Em seguida, pautou-se o julgamento do feito e o Tribunal Pleno decidiu, por maioria de votos, pela procedência da ação (STF, 2019b).

Com base em vários dispositivos previstos na Constituição Federal, os quais visam à proteção à maternidade, à gestante, ao nascituro e ao recém-nascido, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu que as normas trabalhistas não podem ser alteradas no sentido de retirar direitos e garantias das trabalhadoras gestantes ou lactantes:

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.

O Relator, Ministro Alexandre de Moraes, confirmou a decisão referente à medida cautelar e consignou em seu voto:

a proteção da mulher grávida ou da lactante em relação ao trabalho insalubre caracteriza-se como importante direito social instrumental protetivo tanto da mulher, quanto da criança, pois a *ratio* das referidas normas não só é salvaguardar direitos sociais da mulher, mas também efetivar a integral proteção ao recém-nascido, possibilitando sua convivência integral com a mãe, nos primeiros meses de vida, de maneira harmônica e segura e sem os perigos de um ambiente insalubre, consagrada, com absoluta prioridade, no artigo 227 do texto constitucional, como dever inclusive da sociedade e do empregador. A imprescindibilidade da máxima eficácia desse direito social, proteção à maternidade, portanto, também decorre da absoluta prioridade que o art. 227 do texto constitucional estabelece de integral proteção à criança, inclusive, ao recém-nascido. Na presente hipótese, temos um direito de dupla titularidade (STF, 2019b).

O Ministro ressaltou, ainda, que “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”. Ainda, no posicionamento exarado, há manifesta importância à proteção ao mercado de trabalho da mulher (STF, 2019b).

Importante mencionar que o Ministro Alexandre de Moraes lembrou que o reconhecimento da inconstitucionalidade dos incisos II e III do art. 394-A da CLT sequer trará prejuízos ao empregador, já que cabe à empresa pagar o adicional de insalubridade à gestante, efetivando-se a compensação prevista no

artigo 248 da Constituição Federal, com outras contribuições sociais (STF, 2019b).

Do voto do Ministro Alexandre de Moraes observa-se que os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 impõem verdadeiro limite à flexibilização das normas trabalhistas. Da mesma forma, posicionaram-se os demais Ministros, com exceção do Ministro Marco Aurélio, que manifestou voto divergente ao do Relator.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, é possível observar que, embora todos os avanços e tentativas de se resguardar o direito dos trabalhadores, em especial das trabalhadoras, há uma constante tentativa de mitigação destas garantias por parte do Poder Legislativo, responsável pela criação de novas normas que infringem diretamente diversos direitos garantidos com imensa luta por parte das mulheres.

A depreciação dos direitos e garantias consagrados na Constituição Federal, em especial dos direitos relacionados a proteção à maternidade, sob argumento da necessidade de flexibilização das normas trabalhistas é uma realidade no cenário brasileiro. Este quadro dá azo à necessidade da atuação do Poder Judiciário na busca pela tutela de direitos fundamentais, especialmente por parte do Supremo Tribunal Federal.

Dos recentes julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, percebe-se a busca incessante pela preservação e concretização dos direitos constitucionais, principalmente à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

Neste diapasão, a reflexão no tocante aos direitos da trabalhadora gestante e lactante é

de extrema importância, pois trata-se de uma questão de tutela à dignidade, não somente do nascituro (a esta nova vida que merece proteção), mas também da trabalhadora. Torna-se importante então, a promoção de uma resistência a estes declínios e inovações promovidos pela flexibilização das normas trabalhistas, as quais resultam em um verdadeiro retrocesso social.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 06 out. 2018.

_____. **Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 15 mai. 2019.

_____. **Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 06 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade n. 5.938**, Distrito Federal. Relator Min. Alexandre de Moraes. Data da

decisão:30/04/2019a. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000410940&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 15 mai. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 5.938**, Distrito Federal. Relator Min. Celso de Mello. Data da decisão: 28/05/2019b. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000418840&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 01 jun. 2019.

BARRETO, Lilah de M. Feminismo Pós-colonial na América latina: uma proposta de apropriação contra-hegemônica dos Direitos Humanos. In: SHIRAIISHI NETO, Joaquim (Org.). **Novos Direitos na América Latina: um estudo comparativo como instrumento de reflexão do próprio Direito**. São Luis: EDUFMA, 2016. p. 21-42.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19.ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

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

CUNICO, Dayane Souza; OLIVEIRA, Lourival J. de. Os limites da flexibilização no direito do trabalho sob uma perspectiva constitucional. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR**, Umuarama, v. 14, n.1, 2011, p. 23-44. Disponível em: <<http://revistas.unipar.br/index.php/juridica/article/view/4128>>. Acesso em: 15 mai. 2019.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Atualidades em Direito**

do Trabalho. Valinhos: Anhanguera Educacional, 2015.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. **Flexibilização dos direitos trabalhistas: ações afirmativas da dignidade da pessoa humana como forma de resistência**. São Paulo: Editora LTr, 2009.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo; RENCK, Maria Helena Pinheiro. **Discriminação contra as mulheres no trabalho e ações afirmativas**. Curitiba: Multideia, 2016.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo; RIGONI, Carliana L.. Políticas públicas de proteção e incentivo ao trabalho da mulher. **Revista AJURIS**. Porto Alegre, v. 42, n. 139, 2015. Disponível em: <http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/416/Ajuris139_DT3.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2019.

LOLI E., Silvia. Evaluación de La Vigencia de los Derechos Humanos de las Mujeres en América latina. **El outro Derecho**, Bogotá: ILSA, v.7, n. 3, 21, 1996, p. 93-126.

LUZ, A. F. da et al. A evolução histórica dos direitos da mulher sob a ótica do direito do trabalho. In: Seminário Nacional de Ciência Política: a construção da ciência política na América Latina, 2009, Porto Alegre, RS. *Anais...* Porto Alegre: UFRGS, 2009. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/nucleomulher/arquivos/artigoalex.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2019.

MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 5.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

PEREIRA, M. da C. M.. *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. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/pdmd/article/view/5521/2787>>. Acesso em: 15 mai. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11.ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9.ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOARES, Fernanda H. Macedo; MARCARI, Elisângela; FONSECA, Josimar R.. A evolução dos direitos trabalhistas das mulheres sob o prisma dos limites da flexibilização no direito do trabalho. **Científic@ - Multidisciplinary Journal**. Goianésia: Faculdade Evangélica de Goianésia, v.2, n. 4, 2017, p. 116-136. Disponível em <<http://periodicos.unievangelica.edu.br/index.php/cientifica/article/view/2295/2151>>. Acesso em: 15 mai. 2019.

URIARTE, Oscar Ermida. **A Flexibilidade.** Tradução de Edilson Alkimin. São Paulo: LTr, 2002.

VECCHI, Ipojuca Demétrius. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: o caso da relação de emprego. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho.** São Paulo, v. 77, n. 3, p. 111-135, jul./set. 2011. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/26998>>. Acesso em: 04 julho 2018.

Artigo publicado originalmente na Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, Florianópolis, vol. 22, n.31, p.125-143, 2019.