



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

JULIANA FREITAS DE MELO

**REFORMA TRABALHISTA E INSALUBRIDADE NO AMBIENTE LABORAL
DE GESTANTES E LACTANTES: UMA ANÁLISE DO ART. 394-A DA CLT SOB
A PERSPECTIVA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

FORTALEZA

2018

JULIANA FREITAS DE MELO

REFORMA TRABALHISTA E INSALUBRIDADE NO AMBIENTE LABORAL DE
GESTANTES E LACTANTES: UMA ANÁLISE DO ART. 394-A DA CLT SOB A
PERSPECTIVA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Monografia submetida à Coordenação do
Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal do Ceará, como
requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito. Área de
concentração: Direito do Trabalho

Orientadora: Profª. Ma. Breno Késsia
Simplício do Bonfim

FORTALEZA

2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

M485r Melo, Juliana Freitas de.

Reforma Trabalhista e insalubridade no ambiente laboral de gestantes e lactantes: uma análise do art. 394-A da CLT sob a perspectiva da Constituição Federal de 1988 / Juliana Freitas de Melo. – 2018.
61 f. : il.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito,
Curso de Direito, Fortaleza, 2018.

Orientação: Prof. Me. Breno Késsia Simplicio do Bonfim.

1. Reforma Trabalhista. 2. Art. 394-A da CLT. 3. Insalubridade. 4. Gestantes e lactantes. 5. Proteção à maternidade. I. Título.

CDD 340

JULIANA FREITAS DE MELO

REFORMA TRABALHISTA E INSALUBRIDADE NO AMBIENTE LABORAL DE
GESTANTES E LACTANTES: UMA ANÁLISE DO ART. 394-A DA CLT SOB A
PERSPECTIVA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Monografia submetida à Coordenação do
Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal do Ceará, como
requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito. Área de
concentração: Direito Do Trabalho

Orientadora: Profª. Ma. Breno Késsia
Simplício do Bonfim

Aprovada em: ____/____/_____.

BANCA EXAMINADORA

Profª. Ma. Breno Késsia Simplício do Bonfim (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Profª. Dra. Beatriz Rêgo Xavier
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Ma. Vanessa de Lima Marques Santiago
Universidade Federal do Ceará (UFC)

A Deus.

Aos meus pais, Carmem e Anastácio.

AGRADECIMENTOS

A Deus pelo presente da vida e por me agraciar bondosamente com saúde e força de vontade para vivenciar as oportunidades e possibilidades.

À minha mãe, Carmem, a quem eu devo tudo que sou e que já conquistei, por ser força na minha vida e me presentear com seu apoio e amor incondicional.

Ao meu pai, Anastácio, por ter me fornecido todos os meios possíveis para que eu tivesse uma vida com dignidade, inclusive, sem medir esforços para que eu fizesse uma primorosa graduação.

Aos meus amigos de faculdade, Julia, Filipe, Tales, Davi e Letícia, pelo companheirismo e exemplo de amizade durante todo o curso.

Aos meus amigos de colégio, Sérgio, Érika, Gabrielly, Ingrid e Biatriz, pelos mais de oito anos de amizade e pela contribuição com meu crescimento pessoal.

À minha orientadora Brena Késsia Simplício do Bonfim pela paciência e solicitude em responder meus questionamentos, pelas constantes direções apontadas, bem como pelo zelo e dedicação durante a produção do presente trabalho, reflexos do seu admirável amor e vocação pelo magistério.

À professora Beatriz Rego Xavier e à mestra Vanessa de Lima Marques Santiago por aceitarem com tamanha prontidão meu convite e por dedicarem parte de seu tempo a este trabalho.

À minha chefe, Joélia, e aos demais companheiros do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região pelo carinho e oportunização de crescimento durante o período de estágio.

Às servidoras do Ministério Público Federal, Elizete, Izabel e Gabriela, pela paciência e prontidão com que sempre responderam meus questionamentos de estagiária, pelo exemplo de funcionárias públicas, através do trabalho com bastante eficiência, brilhantismo e dedicação, bem como por tornarem o ambiente de trabalho muito mais leve com sua presença prazerosa e bem-humorada.

Ao Ministério Público Federal por me marcar profundamente ao reforçar meu desejo de um dia integrar o serviço público, na defesa da ordem jurídica e das instituições democráticas.

Ao Colégio Santa Isabel, pelo ambiente amável que me permitiu uma ótima formação escolar e a vivência de adoráveis experiências durante minha tenra idade.

Ao Centro de Assessoria Jurídica Universitária (CAJU) por ter despertado em mim o apreço pela defesa dos direitos das minorias, bem como por ter me oportunizado atuações concretas nesse sentido.

Ao professor Raul Carneiro Nepomuceno pelas experiências com a docência possibilitadas na monitoria de sua disciplina.

À Faculdade de Direito da UFC, por ter sido lugar de amadurecimento, desenvolvimento pessoal e enriquecimento acadêmico.

“Todas as vitórias ocultam uma renúncia.”

(Simone de Beauvoir)

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANAMATRA- Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho

Art. – Artigo

CLT- Consolidação das Leis do Trabalho

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CNTM - Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos

EPI – Equipamento de Proteção Individual

MP – Medida Provisória

MTE – Ministério do Trabalho e do Emprego

NR – Norma Regulamentadora

STF – Supremo Tribunal Federal

MTE – Ministério do Trabalho e do Emprego

RESUMO

Esta exposição objetiva analisar as repercussões no sistema de proteção à maternidade promovidas pela modificação do artigo 394-A da Consolidação das Leis do Trabalho pela Lei 13.467/17 (Reforma Trabalhista), dispositivo que passa a permitir o labor de gestantes e lactantes em ambientes insalubres. Para tanto, procede-se à demonstração dos aspectos sociológicos atinentes aos períodos gestacional e lactacional, bem como dos contornos da insalubridade e da potencialidade de seus malefícios ao organismo humano durante tais períodos. Tendo os referidos aspectos em perspectiva, realiza-se a análise do art. 394-A da CLT sob a ótica da aplicação vertical e horizontal dos direitos fundamentais da pessoa que labora. Para a consecução do propósito estabelecido, aplica-se a metodologia dedutiva, a partir da pesquisa qualitativa da bibliografia doutrinária, da jurisprudência e da legislação relacionadas ao tema. Em aspecto conclusivo ao estudo, evidencia-se que o dispositivo em comento macula-se com vício de constitucionalidade por se contrapor à fundamentalidade de direitos constitucionais alicerçados na dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: Insalubridade. Gestantes. Lactantes. Reforma Trabalhista. Proteção à maternidade. Art. 394-A da CLT.

ABSTRACT

This exposure aims to analyze the repercussions on the maternity protection system promoted by the amendment of article 394-A of the Consolidation of Labor Laws by Law 13467/17 (Labor Reform), which provides for the permission of labor of pregnant and lactating women in unhealthy environments. Therefore, the sociological aspects related to the gestational and lactational periods, as well as the contours of the insalubrity and the potential of its harm to the human organism during such periods, are demonstrated. Having this in perspective, art. 394-A of the CLT is explored from the point of view of the vertical and horizontal application of the fundamental rights of the workers. To achieve the established purpose, the deductive methodology is applied, using the qualitative research of the doctrinal bibliography, jurisprudence and legislation related to the subject. In a conclusive aspect to the study, it is evident that art. 394-A of the Consolidation of Labor Laws is tainted with a vice of unconstitutionality because it is opposed to the fundamentality of constitutional rights based on the dignity of the human person.

Keywords: Unhealthy. Pregnant Women. Lactating Women. Labor Reform. Maternity protection. Art. 394-A of the CLT.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	13
2 O AR CABOUCO SOCIOLOGICO E JURÍDICO DA PROTEÇÃO À MATERNIDADE.....	15
2.1 A tutela do labor feminino	15
2.1.1 Breve histórico das normas de proteção ao trabalho da mulher.....	15
2.1.2 Fundamentos da tutela especial do trabalho feminino.....	19
2.2 A tutela da criança	21
2.2.1 Breves conclusões acerca da discussão sobre a personalidade do nascituro	22
2.2.2 A tutela do nascituro e do recém nascido por meio da proteção ao trabalho da mãe.....	22
3 MEIO AMBIENTE DO TRABALHO.....	24
3.1 Caracterização do meio ambiente do trabalho	24
3.2 A insalubridade	26
3.2.1 Considerações acerca das repercussões nocivas da insalubridade sob a perspectiva das mulheres gestantes e lactantes	28
4 O ART. 394-A DA CLT SOB A PERSPECTIVA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	34
4.1 Breve histórico das modificações do art. 394-A da CLT.....	34
4.2 Considerações acerca da constitucionalidade do art. 394-A da CLT.....	38
4.2.1 Aspectos gerais sobre os direitos fundamentais.....	39
4.2.2 Análise da constitucionalidade do art. 394-A da CLT.....	44
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	55
REFERÊNCIAS.....	57

1 INTRODUÇÃO

O art. 6º da Constituição Federal confere à proteção da maternidade e da infância *status* de direito social, revestindo tal tutela da indisponibilidade e da aplicabilidade imediata atinentes aos direitos fundamentais.

Tal diferenciada previsão fundamenta-se na acentuada vulnerabilidade com que se encontram mãe e filho durante períodos marcantes da maternidade, tais como a gestação e a fase de amamentação, panorama que exige mecanismos de proteção especial a fim de que se resguarde adequadamente a vida e a saúde desses indivíduos.

Por tais razões, a tutela da maternidade deve ser concretizada em todos os segmentos da vida social, neles incluso o âmbito laboral, o qual deve ser dotado de adequabilidade suficiente de forma a minimizar os riscos a que se expõem gestantes e lactantes.

Entretanto, a entrada em vigor do art. 394-A da CLT, com a redação determinada pela Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), trouxe inovações no regramento normativo do labor feminino, isso porque passa a permitir como regra o labor de mulheres grávidas e em fase de aleitamento em ambientes caracterizados pela insalubridade.

Ressalte-se que a Reforma Trabalhista surgiu num contexto de desregulação do mercado de trabalho, apresentando como alicerces a flexibilização das formas de contratação e a redução estrutural dos direitos laborais, aspectos apontados como medidas para superar a crise econômica e o crescente desemprego. Nesse cenário, por sua vez, foi estabelecido o teor do art. 394-A da CLT.

Haja vista tal dispositivo tratar de assuntos com *status* de fundamentalidade no ordenamento jurídico interno, tais como a maternidade, a vida, a saúde e a proteção à infância, seu conteúdo merece análise em face das previsões constitucionais de tais direitos fundamentais.

Portanto, o objetivo da presente exposição é analisar os diversos aspectos relacionados ao labor em ambiente de insalubridade sob a perspectiva das trabalhadoras gestantes e lactantes para, a partir disso, examinar a consonância entre o art. 394-A da CLT e a eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais pertinentes.

Para a consecução do propósito delineado, aplicar-se-á a metodologia

dedutiva, por meio da pesquisa bibliográfica da legislação relacionada ao tema, da literatura doutrinária respectiva e da pesquisa jurisprudencial.

Desse modo, será apresentado, no primeiro capítulo, uma perspectiva geral do sistema protetivo do trabalho feminino e dos aspectos históricos a ele atinentes, bem como se abordará os fundamentos para a tutela especial da maternidade sob a perspectiva da mulher, do nascituro e da criança lactente.

Após, no segundo capítulo, expor-se-ão considerações acerca do meio ambiente de trabalho, apresentando sua caracterização e critérios de adequabilidade, bem como examinar-se-á a insalubridade, descrevendo-a e dispondo sobre seus reflexos na saúde dos indivíduos em fase gestacional e lactacional.

Por fim, no último capítulo, será feita exposição acerca de aspectos gerais relativos aos direitos fundamentais e à sua eficácia, para a partir disso, analisar-se a consonância da atual redação do art. 394-A da CLT com as disposições constitucionais relativas aos direitos fundamentais pertinentes.

Dessa forma, evidencia-se a relevância do presente trabalho na medida em que se permite averiguar criticamente se o legislador ordinário ao editar o art. 394-A da CLT realmente cumpriu com o papel de materializar direitos constitucionalmente instituídos, assim como se permite dar notoriedade às peculiaridades atinentes à maternidade e para a consequente necessidade de políticas públicas que viabilizem a consecução da proteção especial necessária de forma satisfatória.

2 O AR CABOUÇO SOCIOLOGICO E JURÍDICO DA PROTEÇÃO À MATERNIDADE

As perspectivas emanadas da permissão do trabalho de gestantes e lactantes em condições insalubres demandam considerações acerca dos contornos peculiares da proteção à maternidade, conceito que agrupa não apenas a gestante, como também o ser em formação e o recém-nascido.

Nesta toada, a fim de se construir uma visão mais ampla da problemática suprarreferenciada, apresenta-se breves considerações acerca da evolução histórica da tutela do labor feminino e da proteção ao nascituro, culminando na análise dos fundamentos de tal resguardo diferenciado.

2.1 A tutela do labor feminino

A fim de se melhor compreender o espectro protetivo atinente à maternidade, cumpre apresentar brevemente o histórico de proteção do labor feminino e o processo de aquisição de direitos pelas trabalhadoras mães.

Além disso, oportuno discorrer acerca das justificativas físicas e sociais para a necessidade de tutela diferenciada do trabalho para as mulheres gestantes e lactantes.

2.1.1 Breve histórico das normas de proteção ao trabalho da mulher

Durante séculos, a influência do modelo patriarcal propiciou a construção de uma cultura ocidental de submissão da mulher. Vistas como inferiores intelectualmente, às mulheres não era devida a dedicação ao estudo ou ao trabalho, sendo criadas sob a limitação de sua posição ao ambiente doméstico, marcado pelo casamento e pelos afazeres de filha, mãe e esposa dele derivados.

A inserção feminina no mercado de trabalho teve como marco a Revolução Industrial, a qual foi iniciada em meados do século XVIII e representou a alteração do modo de produção artesanal para o industrializado. Nesse período, como assevera Souto Maior, a partir da novidade da utilização das máquinas, “a mulher, antes considerada

mais fraca para o trabalho braçal, poderia contar com instrumentos que fariam a produção depender menos da força física." (SOUTO MAIOR, 2008, p. 354)

Entretanto, nessa época, o trabalho feminino era visto como inferior, o que caracterizou condições de trabalho aquém das oferecidas aos homens, como salários menores e maior carga horária laboral, o que era vantajoso para os donos das estruturas fabris. Além disso, o ambiente de trabalho era marcado por péssimas condições de higiene e segurança, além de assédio e violência. Mulheres grávidas trabalhavam até a última semana de gestação e voltavam para o labor com poucos dias após o parto, haja vista o temor de perda do trabalho. (MARTINS, 2016)

A subsistência de tal quadro era propiciada pela inércia estatal, derivada da cultura desumanizadora do labor e da ideia da inferioridade feminina, ainda prevalecentes à época. A respeito dessa postura adotada pelo Estado, aduz Amauri Mascaro do Nascimento:

[...] o Estado, não intervindo nas relações jurídicas de trabalho, permitia, com a sua omissão, toda sorte de explorações. Nenhuma limitação da jornada de trabalho, idênticas exigências dos empregadores quanto às mulheres e homens, indistintamente, insensibilidade diante da maternidade e dos problemas que pode acarretar à mulher, quer quanto às condições pessoais, quer quanto às responsabilidades de amamentação e cuidados dos filhos em idade de amamentação etc. O processo industrial criou um problema que não era conhecido quando a mulher, em épocas remotas, dedicava-se aos trabalhos de natureza familiar e de índole doméstica. A indústria tirou a mulher do lar por 14, 15 ou 16 horas diárias, expondo-se a uma atividade profissional em ambientes insalubres e cumprindo obrigações muitas vezes superiores às suas possibilidades físicas. (NASCIMENTO, 2013, p. 930)

As situações de injustiça dessa época fundamentaram a incipiente de manifestações legislativas voltadas à tutela especial do trabalho da mulher.

Na Inglaterra, o “Coal Mining Act”, em 1842, trouxe a proibição do trabalho feminino em ambientes subterrâneo, já o “Factory Act”, de 1844, reduziu a jornada de trabalho a 12 horas e vedou o trabalho noturno (BARROS, 1995).

Por sua vez, a legislação francesa, em 1874, apresentou proibição de trabalho das mulheres em subterrâneos e pedreiras, surgindo, em 1892, a limitação da

jornada de trabalho a 11 horas, proibindo-se o trabalho noturno a todas as mulheres, independentemente de faixa etária. Além disso, em 1909, estabeleceu o direito às mulheres grávidas do repouso não remunerado de oito semanas, vedando-se o carregamento de objetos pesados. (MARTINS, 2016)

Confirmando o pioneirismo europeu na tutela do trabalho da mulher, a Itália, em 1902, editou a Lei Carcano, a qual proibiu o trabalho da mulher em subterrâneos e instituiu a licença maternidade de quatro semanas após o parto. (BARROS, 1995)

No Brasil, a normatização da proteção ao trabalho feminino, mais tarde, iniciou-se na esfera da legislação ordinária com a Lei Estadual paulista n. 1.596/17, a qual organizou o serviço sanitário de São Paulo, proibindo o trabalho da mulher na indústria do último mês de gestação até o fim do primeiro de pós-parto. (SÃO PAULO, 1917)

Em norma federal, a primeira manifestação de tutela do trabalho feminino encontra-se no Decreto n. 16.300, de 21 de dezembro de 1923, que aprovou o Regulamento do Departamento Nacional de Saúde Pública, representando a primeira norma a facultar às mulheres que trabalhavam em estabelecimentos comerciais e indústrias repouso de trinta dias antes e trinta dias após o parto. Além disso, o mesmo diploma legal, no seu art. 348, estabelecia a faculdade de amamentar seus filhos às mulheres lactantes nos estabelecimentos laborais, devendo os empregadores assegurarem “o ensejo necessário ao cumprimento desse dever”.

Como forma de permitir a amamentação, o art. 350 do supramencionado decreto previa a criação de creches ou salas de amamentação próximas às empresas, além da formação de “caixas”, a favor das mães pobres. (BRASIL, 1923)

Primeiro diploma legal a tratar exclusivamente da proteção ao trabalho da mulher, o Decreto 21.417-A, de 17 de maio de 1932, regulamentou as condições de trabalho das mulheres nos estabelecimentos industriais e comerciais. Em seu art. 1º estabelecia a igualdade de salário para todo trabalho de igual valor, sem distinção de sexo. Além disso, o art. 3º do mesmo diploma, vedava o trabalho feminino em período noturno, exceto em algumas situações especiais. (BRASIL, 1932)

Outrossim, o art. 5º do referido decreto vedava o trabalho das mulheres nos subterrâneos, nas minerações, em subsolo, nas pedreiras e obras de construção pública ou particular, bem como nos serviços perigosos e insalubres elencados no quadro anexo ao diploma.

O Decreto 21.417-A/1932, ademais, trazia a proibição do trabalho da mulher grávida no lapso temporal de quatro semanas anteriores ao parto e quatro semanas após, sendo possível a dilação de tal período em até duas semanas cada por meio de atestado médico que comprovasse a necessidade excepcional para tal (artigo 7º). Durante o afastamento, era previsto à mulher direito a auxílio correspondente à metade dos seus salários, de acordo com a média dos seis últimos meses, e, bem assim, direito a reverter ao lugar que ocupava, conforme dispunha o art. 9º.

O artigo 8º do referido decreto, por sua vez, facultava à mulher gestante “romper o compromisso resultante de qualquer contrato de trabalho, desde que, mediante certificado médico, prove que o trabalho que lhe compete executar é prejudicial à sua gestação.”

Às mulheres lactantes era garantido, nos seis primeiros meses após o parto, o direito a dois descansos diárias, de meia hora cada um para amamentação. Além disso, era assegurado local apropriado para guarda das crianças durante esse momento nos estabelecimento em que trabalhem pelo menos trinta mulheres com mais de 16 anos (art. 12).

Por fim, o artigo 21 do Decreto 21.467-A/1932 proibia a dispensa fundamentada unicamente no estado gravídico da mulher. (BRASIL, 1932)

Até 1934, no entanto, a mulher brasileira não dispunha de proteção constitucional da sua força de trabalho. Com a Carta Política daquele ano, por sua vez, foram consagrados direitos já garantidos pelo Decreto 21.467-A/1932, como a igualdade de salários entre homens e mulheres, proibição do trabalho destas em ambientes insalubres, assistência médica à gestante, com garantia de descanso antes e depois do parto.

Inovando na salvaguarda de direitos ao trabalho feminino a nível constitucional, a Carta Magna de 1934 estabeleceu descanso remunerado e instituição de previdência a favor da maternidade. (BRASIL, 1934)

A Carta seguinte, de 1937, foi elaborada durante o Estado Novo, época de predominância do autoritarismo governamental. Essa Constituição, com isso, embora mantivesse a previsão de todos serem iguais perante a lei, supriu o dispositivo da constituição anterior que vedava a diferença salarial entre os sexos. (BRASIL, 1937)

Com essa omissão, foi publicado o Decreto-Lei 2.548/1940, que possibilitou às mulheres receberem salários inferiores aos homens, autorizando uma redução de 10% dos salários dessas, representando um verdadeiro golpe à legislação de amparo à mulher

brasileira,. Tal decreto, por seu turno, veio a ser revogado com a CLT, em 1943. (CALIL, 2000)

A Carta de 1946, por sua vez, retomou a proibição da diferença de salário entre os sexos para o mesmo trabalho. Tal diploma também confirmou disposições das constituições anteriores, tais como vedação do trabalho feminino em condições insalubres, além de assistência hospitalar e médica e os benefícios da previdência social.

Como inovação trazida pela Constituição de 1967, verificou-se a vedação à diferença entre critérios de admissão por motivo de sexo, cor e estado civil e a garantia de aposentadoria à mulher aos trinta anos.

Outrossim, a Constituição vigente, promulgada em 1988, considera homens e mulheres iguais em direitos e obrigações, proibindo a diferença de salários, de exercícios de funções e de critérios de admissão por motivos de sexo, estado civil, idade e cor. Previu também a dilatação da licença-maternidade de 84 para 120 dias, estendendo-a à empregada rural, à doméstica e à trabalhadora avulsa.

Além disso, a Constituição atual assegura garantia de emprego à gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco anos após o parto, vedando a sua dispensa arbitrária ou sem justa causa.

Entretanto, a Carta Política de 1988 silenciou sobre a proibição do trabalho da mulher em condições insalubres, o que vinha sendo disposto pelas constituições anteriores, tornando-o, portanto, permitido a não ser que a lei o proíba. (MARTINS, 2016).

2.1.2 Fundamentos da tutela especial do trabalho feminino

Com a superação da preponderância da cultura de submissão da mulher e com os mecanismos normativos daí advindos, a exercício do trabalho feminino, proibido, em um primeiro momento, passa a ser estimulado e promovido.

Como pontua Amauri Mascaro do Nascimento, com o passar dos anos, a legislação que preponderantemente restringia o trabalho da mulher deu lugar a normas de promoção desse labor, haja vista a superação da ideia de que a mulher, enquanto inferior, era incapaz de usufruir da oportunidades oferecidas ao homem, na mesma medida. (NASCIMENTO, 2009, p. 728)

Entretanto, como aduz Alice Monteiro de Barros, embora o papel da mulher na sociedade tenha se modificado, sendo alcançada a igualdade formal entre homens e mulheres, a função biológica de procriação destas não se modificou, justificando-se a adoção de medidas de salvaguarda da gravidez e da maternidade. A esse respeito, leciona a autora:

“A maternidade tem uma função social, pois dela depende a renovação das gerações. As medidas destinadas a proteger as mulheres em decorrência de gravidez ou de parto, vinculadas a um contrato de trabalho, não constituem discriminação; seu fundamento reside na salvaguarda da saúde da mulher e das futuras gerações.” (BARROS, 1995, p. 39)

Amauri Mascaro Nascimento, por seu turno, apresenta dois fundamentos justificantes da intervenção jurídica na defesa da mulher trabalhadora: 1) Fundamento fisiológico que reconhece a disparidade na resistência física de homens e mulheres, o que justificaria a necessidade de medidas que se adequassem a esse estado; 2) Fundamento social, associado ao interesse do Estado na defesa da família, o que leva a necessidade de se harmonizar a maternidade e as exigências dela decorrentes com as ocupações profissionais. (NASCIMENTO, 2009).

De fato, como assevera Sérgio Pinto Martins:

“As medidas de proteção ao trabalho da mulher só se justificam com relação aos períodos de gravidez, pós o parto, de amamentação e a sua condição física de não poder levantar pesos excessivos. As demais formas de discriminação que não se enquadram nessas hipóteses devem ser abolidas.”
(MARTINS, 2016, p. 894)

Por sua vez, a proteção do labor durante a gravidez e a fase de amamentação justifica-se na fragilidade da qual se reveste a mulher em tais períodos. Sobre a vulnerabilidade atinente à gestação e ao primeiro mês de vida, comenta Evelyn Eisenstein (EISENSTEIN, 2006, p.58 *apud* OLIVEIRA, D. 2010, p. 77):

São considerados, além de críticos, períodos vulneráveis. Idealmente, os cuidados de saúde devem ser abrangentes e com um enfoque multidisciplinar,

integrando a gestante, o seu conceito, a sua família, inclusive o pai responsável pela gestação, em todas as etapas da gravidez, do parto, e até o primeiro ano de vida do recém-nato.

Lecionando sobre os cuidados necessários durante esses períodos, continua a referida autora:

O estado geral de nutrição, higiene e saúde da mãe, além dos cuidados e suporte social recebidos durante a gestação e a lactação (período de amamentação), são os elementos básicos que constituem o que denominamos de “padrão de vida”, ou, simplesmente, o “bem-estar” de indivíduos, famílias e sociedades. O melhoramento das condições de vida, entre as gerações, só será possível quando forem assegurados os direitos da gestante e da nutriz, perante o sistema de saúde e a sociedade, em todos os seus segmentos (EISENSTEIN, 2006, p.59 *apud* OLIVEIRA, 2010, p. 77)

Dessa forma, verifica-se a imprescindibilidade da promoção do labor feminino com intuito de desconstrução da discriminação, mas também a necessidade de proteção do trabalho da mulher, haja vista a evidenciada vulnerabilidade concernente aos períodos pré e pós-parto, justificadores de proteção especial à mãe por meio de políticas públicas estatais, bem como de mecanismos acautelatórios nas relações particulares, notadamente nas concernentes ao labor.

2.2 A tutela da criança

Como já mencionado, o conceito de maternidade abrange a figura da mãe, do feto e do recém-nascido.

Já exposta a justificativa para a especialidade da tutela da mulher quando sujeita ao fenômeno da maternidade, oportuno é discorrer acerca da necessidade da diferenciação do espectro protetivo da criança.

Entretanto, registre-se resistência histórica ao reconhecimento de direitos ao nascituro, haja vista haver bastante discussão doutrinária acerca da detenção de personalidade jurídica por ele e da possibilidade deste ser sujeito de direitos.

Dessa forma, alude-se a tal discussão e apresenta-se a posição do ordenamento jurídico brasileiro a respeito da tutela de direitos pelo nascituro. Por fim,

comenta-se acerca dos fundamentos para a proteção especial dos indivíduos no início de seu desenvolvimento.

2.2.1 Breves conclusões acerca da discussão sobre a personalidade do nascituro

No eixo de discussão sobre a personalidade do nascituro, é possível observar a existência de três correntes principais no direito civil brasileiro, conforme Silmara J. A. Chinelato e Almeida, quais sejam: a) a dos natalistas, para os quais o início da personalidade começa com o nascimento com vida; b) a doutrina da personalidade condicional, denominada concepcionista, que considera que a personalidade inicia-se desde a concepção sob a condição do nascimento com vida; e c) a doutrina verdadeiramente concepcionista, a qual defende que a personalidade começa com a concepção e não com o nascimento com vida. (CHINELATO;ALMEIDA, 2003)

O Código Civil Brasileiro de 2002, no seu art. 4º, por sua vez, estipula que a personalidade civil inicia-se apenas a partir do nascimento com vida, alinhando-se, portanto, à corrente natalista. Entretanto, traz uma ressalva no que concerne ao nascituro, para o qual resguarda direitos desde a concepção. (BRASIL, 2002)

Diante do exposto, resta evidenciada a preocupação do ordenamento jurídico brasileiro com a salvaguarda de direitos pelo nascituro, independentemente da aquisição de personalidade, haja vista sua vulnerabilidade peculiar a ser preservada na condição de sujeito de direitos.

2.2.2 A tutela do nascituro e do recém nascido por meio da proteção ao trabalho da mãe

Durante a gestação, assim como a da mulher, a situação da criança é bastante diferenciada. O nascituro, durante esse período, encontra-se em fase de desenvolvimento de suas funcionalidades biológicas. Disso deriva a necessidade de um cuidado expressivo a fim de que a formação da criança ocorra da forma hígida e sem riscos.

Observa-se que tanto o nascituro quanto o recém nascido são sujeitos em processo de crescimento e de adaptação, não dispondo, portanto, da totalidade dos mecanismos de defesas deferidos ao organismo humano, situação que determina sua diferenciada fragilidade a agentes externos.

Dessa forma, proporcionar uma gravidez sadia e sem riscos à gestante é instrumento de preservação concomitante da saúde e da vida do ser concebido.

Além disso, a subsistência da criança lactente estar atrelada, de forma majoritária, às funcionalidades da mãe justificam um especial resguardo dessas trabalhadoras, haja vista a possibilidade de transmissão de agentes nocivos à criança por via do aleitamento.

Nesse diapasão, a garantia de um ambiente de trabalho seguro e equilibrado às trabalhadoras gestantes e lactantes permite uma menor interferência dos ambientes externos à sua integridade física, já vulnerabilizada diante das singularidades gestacionais.

A salvaguarda da adequabilidade do meio ambiente laboral, dessa forma, permite assegurar, em maior medida, a formação adequada e a incolumidade da saúde do nascituro e da criança lactante.

Dessa forma, mostra-se oportuno realizar análise do meio ambiente laboral, sob a perspectiva da insalubridade e da sua potencialidade nociva para mãe e para o filho, durante os períodos pré e pós-parto, haja vista a permissão do trabalho de grávidas e lactantes em condições insalubres pelo art. 394-A da CLT.

3 MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

O meio ambiente de trabalho constitui elemento de consecução do direito à vida, à saúde e à integridade física e, nessa posição, deve ser preservado a fim de que os trabalhadores exerçam suas atividades em ambiente adequado.

Especial atenção deve ser dada ao ambiente laboral, por sua vez, quando figuram trabalhadoras gestantes e lactantes em seu âmbito devido à diferenciada vulnerabilidade apresentada por tais mulheres.

Nesse sentido, caracteriza-se o meio ambiente de trabalho, apresentando seus critérios de adequabilidade, bem como, examina-se a insalubridade sob a perspectiva dos seus efeitos em mulheres em situação gestacional e lactacional e da repercussão destes na saúde da criança.

3.1 Caracterização do meio ambiente do trabalho

O meio ambiente de trabalho constitui elemento de consecução do direito à vida, à saúde e à integridade física e, nessa posição, deve ser preservado a fim de que os trabalhadores exerçam suas atividades em ambiente adequado.

Na lição de Celso Fiorillo,

O Meio Ambiente do Trabalho é o local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais, sejam remuneradas ou não cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independentemente da condição que ostentem (homens ou mulheres, maiores ou menores de idade, celetistas, servidores públicos, autônomos, etc). (FIORILLO, 2003, p. 22)

Complementando, aponta Amauri Mascaro do Nascimento,

Meio ambiente de trabalho é exatamente o complexo máquina-trabalho: as edificações do estabelecimento, equipamentos de proteção individual, iluminação, conforto térmico, instalações elétricas, condições de salubridade e insalubridade, de periculosidade ou não, meios de prevenção à fadiga, outras medidas de proteção ao trabalhador, jornadas de trabalho e horas extras, intervalos, descansos, férias, movimentação, armazenagem e manuseio de materiais que formam o conjunto de condições do trabalho etc. (NASCIMENTO, 2009, p. 527)

Como assevera o mencionado autor, é primaz que o empregador propicie o desenvolvimento das atividades de trabalho em ambiente moral, higiênico e seguro correspondente à dignidade que é inerente a qualquer ser humano.

Atrelada à ideia de meio ambiente de trabalho está a de segurança e medicina do trabalho.

Por sua vez, a segurança laboral diz respeito ao conjunto de medidas que versam sobre condições específicas de instalação do estabelecimento e de suas máquinas. Já a medicina do trabalho concerne ao complexo de providências atuantes no sentido de eliminar agentes nocivos à saúde do trabalhador, atuando de uma forma preventiva, mas também promocional da saúde e da qualidade de vida.

A segurança e a medicina do trabalho, por sua vez, são protegidas constitucionalmente no art. 7º, XXII da Carta Maior, o qual estabelece ser direito dos trabalhadores a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

Nesse sentido, o ambiente de trabalho ideal seria aquele saudável e seguro, com artifícios capazes de minimizar a exposição aos riscos inerentes à prática da atividade profissional. Em razão disso, o art. 157 da CLT, estipula uma série de deveres ao empregador com vistas à consecução desse meio ambiente hígido, vejamos:

Art. 157 - Cabe às empresas:

I - cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho;

II - instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais;

III - adotar as medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente;

IV - facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente. (BRASIL, 1977)

Entretanto, nem sempre é factível a obtenção dessa adequabilidade do meio ambiente, caso em que é possível se verificar condições que coloquem em risco a integridade física do trabalhador (perigosas) ou prejudiciais à sua saúde (insalubres).

Por sua vez, o art. 394-A da CLT dispõe acerca da permissão do trabalho de mulheres lactantes e gestantes em condições insalubres, o que torna imprescindível tecer análise da caracterização da insalubridade e da sua disciplina normativa, bem como dos reflexos de sua nocividade no organismo das trabalhadoras referidas pelo dispositivo.

3.2 A insalubridade

Sérgio Pinto Martins define insalubre como o que é prejudicial à saúde, que dá causa a doença. (MARTINS, 2016)

Por sua vez, o artigo 189 da Consolidação das Leis do Trabalho, com a redação dada pela Lei 6.514, de 22/12/1977, define a insalubridade, *in verbis*:

Art. 189 - Serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos. (BRASIL, 1977)

A fim de caracterização da insalubridade, o suprarreferenciado autor aponta como necessário, cumulativamente: a) que haja exposição do trabalhador a agentes nocivos à sua saúde; b) que essa exposição seja acima dos limites de tolerância.

Uma vez evidenciado o exercício de atividades em condições maléficas à saúde, assevera Sebastião Geraldo de Oliveira que o legislador pode adotar uma das seguintes posturas estruturantes do caminho de proteção: i) aumentar a remuneração para compensar o maior desgaste do trabalhador (monetização do risco); ii) reduzir a duração da jornada; iii) proibir o trabalho. Essa última, para o autor, seria a alternativa ideal. (OLIVEIRA, S. 2011)

A Argentina (artigo 200 da Lei 20.744/1976), o Paraguai (artigo 198 da Lei 213/1993) e o Uruguai (artigo 1º da Lei 11.577/1950), por exemplo, para citar países que junto com o Brasil compõem o MERCOSUL (Mercado Comum do Sul), fizeram a opção pela redução da jornada de trabalho dos empregados que laboram em atividades ou operações insalubres, assegurado o mesmo salário da jornada normal de 8 horas diárias. (PEREIRA, M. 2017)

No Brasil, entretanto, o legislador brasileiro optou pela monetização do risco. Nesse sentido, a Lei 185/1936 estabeleceu a criação do adicional de insalubridade, no art. 2º do diploma legal, prevendo a possibilidade de aquele corresponder até a metade do salário mínimo. (BRASIL, 1936)

O Decreto-Lei 399, de 30/04/1938, por seu turno, regulamentando a Lei 185/1936, no §1º do seu artigo 4º, atribuiu ao Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio competência para organizar “[...] o quadro das indústrias insalubres que, pela sua própria natureza ou método de trabalho, forem susceptíveis de determinar intoxicações, doenças ou infecções.” (BRASIL, 1938)

Já o sistema vigente de pagamento do adicional em proporcionalidade ao grau de insalubridade foi implementado pela primeira vez em 1940, com o Decreto-Lei 2.162, o qual fixou, em seu artigo 6º, o percentual de 40%, 20% ou 10% sobre o salário mínimo para o pagamento referente à insalubridade em grau máximo, médio e mínimo, respectivamente. (SAAD, 2015).

Com a entrada em vigor da CLT, em 1943, a matéria relativa ao trabalho em condições insalubres passou a ser regulada em sua Seção XIII, contida no Capítulo V, que trata da segurança e da medicina do trabalho.

Já o reconhecimento constitucional do adicional de insalubridade veio a partir da promulgação da CRFB/88 (artigo 7º, inciso XXIII).

Nesta toada, o referido adicional possui natureza de salário-condição, não se incorporando à remuneração. Logo, somente é devido enquanto existir a circunstância que respalda o recebimento de tal adicional. Nesse sentido, é o art.194 da CLT.

Salienta-se, no entanto, que o adicional de insalubridade não constitui vantagem pecuniária, ou seja, salário, configura-se, no máximo, como tentativa de compensar o trabalhador pela prestação de serviços em condições prejudiciais à sua saúde.

O art. 190 da CLT, nesse sentido, estabelece ser de competência do Ministério do Trabalho e Emprego aprovar o quadro de atividades e operações insalubres e adotar normas sobre os critérios de caracterização da insalubridade, os limites de tolerância aos agentes agressivos, meios de proteção e o tempo máximo de exposição do empregado a esses agentes.

Deste modo, o Ministério do Trabalho e Emprego regulamentou a matéria relativa à Segurança e Medicina do Trabalho por meio da Portaria 3.214/1978, que atualmente conta com 36 Normas Regulamentadoras (NR), dentre elas, a Norma

Regulamentadora 15 (NR-15), a qual possui 14 anexos, prestando-se a descrever as atividades e operações insalubres bem como a elencar quais agentes químicos, físicos e biológicos causam danos à saúde dos empregados.

Cumpre ressaltar que a CLT, no seu art. 191, disciplina que a eliminação ou a neutralização da insalubridade ocorre com a adoção de medidas que conservem o ambiente de trabalho dentro dos limites de tolerância ou pela utilização de equipamentos individuais de proteção pelo trabalhador.

O art. 195 da CLT prevê, ainda, que a caracterização e a classificação da insalubridade devem ser estabelecidas por perícia realizada por médico do trabalho ou engenheiro do trabalho, registrados no Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), de modo que a prova pericial é indispensável para a constatação do ambiente laboral insalubre.

Contudo, enfatize-se que, mesmo que a prova técnica apure que o empregado labora em atividades ou operações insalubres, ainda assim o adicional respectivo somente é devido se a atividade ou operação estiver classificada como tal no quadro elaborado pela MTE, conforme artigo da CLT¹ e Súmula 460 do STF².

Ademais, de acordo com o entendimento sumular 248 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), “A reclassificação ou a descaracterização da insalubridade, por ato da autoridade competente, repercute na satisfação do respectivo adicional, sem ofensa a direito adquirido ou ao princípio da irredutibilidade salarial.” (BRASIL, 2003).

Apresentada visão geral acerca da histórico e da atual caracterização da insalubridade no ordenamento jurídico brasileiro, passa-se à análise da potencialidade nociva do labor em contato com tais agentes pelas trabalhadoras gestantes e em fase de amamentação.

3.2.1 Considerações acerca das repercussões nocivas da insalubridade sob a perspectiva das mulheres gestantes e lactantes

¹ Art. 196 da CLT: “Os efeitos pecuniários decorrentes do trabalho em condições de insalubridade ou periculosidade serão devidos a contar da data da inclusão da respectiva atividade nos quadros aprovados pelo Ministro do Trabalho, respeitadas as normas do artigo 11.”

² Súmula 460 do STF: “Para efeito do adicional de insalubridade, a perícia judicial, em reclamação trabalhista, não dispensa o enquadramento da atividade entre as insalubres, que é ato da competência do Ministro do Trabalho e Previdência Social.”

São exemplos de agentes nocivos sujeitos a avaliação de insalubridade o ruído, o calor, as radiações ionizantes, as vibrações, os agentes químicos, os agentes biológicos e as poeiras minerais.

A respeito das implicações nocivas da insalubridade no organismo das gestantes, Melissa A. McDiarmid *et al.* aduzem:

Reprodução é um processo complexo e vulnerável. A reprodução normal exige uma grande interação entre os processos anatômico e fisiológico. Os mecanismos hormonais envolvidos na reprodução exigem interações precisas entre o hipotálamo, a pituitária, e ovário ou testículo. Os incríveis mecanismos imunológicos que permitem que o tecido estranho do feto sobreviva dentro da mãe, somente agora começaram a ser elucidados. [...]. Exposições ocupacionais não são a causa da maioria dos distúrbios reprodutivos, mas a exposição ocupacional pode causar sérios problemas reprodutivos, que são inteiramente evitáveis. [...]. A exposição tóxica durante a gravidez pode causar malformação ou morte do feto. Atribuem-se a algumas exposições, problemas neuropsiquiátricos ou cânceres descobertos mais tarde na infância. Outras exposições podem levar a problemas de saúde que não são detectados antes da idade adulta. (McDIARMID *et al.*, 2005. p. 1575).

Por sua vez, o ruído, por exemplo, pode se configurar em agente insalubre desde que ultrapasse os limites de tolerância estipulados pelo MTE, os quais são indicados pelo Anexo 1 da NR-15 da Portaria 3.21/1978.

No que concerne aos efeitos do ruído sobre o desenvolvimento do sistema auditivo do nascituro, Giovana Verri esclarece:

O desenvolvimento da audição inicia por volta do 5º mês de gestação, mas o feto não parece estar preparado para os estímulos sonoros externos ao corpo da mãe. Estudos recentes [...] revelaram que os ruídos de 60 db a 80 db produzem estresse no conceito, e acima de 80 db são nocivos à saúde fetal. Conscientes disso, os estudiosos da área empenharam-se em analisar os efeitos da exposição do feto a ruído intenso, principalmente no terceiro trimestre da gestação e no recém-nascido. Esses estudos procuraram determinar o nível de exposição a ruído necessário para alterar o desenvolvimento da audição e da linguagem bem como as situações nas quais estes danos podem ocorrer, visando a prevenção e a orientação das gestantes. (VERRI, 1999, p. 5)

Em seu trabalho a mencionada autora cita, ainda, um estudo que analisou “[...] 131 crianças entre 6 e 10 anos, cujas mães foram expostas por nove meses a variáveis níveis de ruído industrial, divididas em três grupos: de 65 a 75 dbA, de 75 a 85 dbA e de 85 a 95 dbA. [...]” (VERRI, 1999, p. 8-9), tendo sido constatado que:

[...] 31% das crianças testadas apresentavam perda auditiva em um ou ambos ouvidos. A maior perda encontrada estava no grupo de maior exposição. Conclui-se, então que é de 3 a 4 vezes maior a possibilidade de perda auditiva significativa em crianças cujas mães foram expostas durante a gestação a níveis de ruído maiores de 85 dbA, quando comparadas às crianças cujas mães foram expostas a intensidade menores. (VERRI, 1999, p. 9).

Dessa forma, observa-se que a exposição da gestante a ruídos acima dos limites de tolerância apresenta possibilidade concreta de perda auditiva para o feto.

Outrossim, as radiações não-ionizantes constituem também agentes insalubres, quando a exposição acontece sem a proteção adequada, representando insalubridade em grau médio, conforme disposto no anexo 7 da NR 15. Segundo Homero Batista Mateus da Silva:

As radiações não ionizantes são tendencialmente menos agressivas do que as radiações ionizantes, por não envolverem mutação genética nem comprometimento do material genético do organismo alvejado, mas nem por isso deve prescindir de estudos e de cuidados especiais no ambiente de trabalho. [...]. Configurada a exposição do trabalhador a patamares elevados de radiação não ionizante, o adicional de insalubridade será meramente em grau médio, [...], tudo na forma do quadro final da NR 15. Seus efeitos podem ser neutralizados pelo uso correto de equipamentos de proteção individual obrigatórios. [...]. (SILVA, H. 2015, p. 106)

O Anexo 8 da NR-15, por sua vez, disciplina critérios para a caracterização da condição de trabalho insalubre decorrente da exposição às vibrações de mãos e braços (VMB) e vibrações de corpo inteiro (VCI). As situações de exposição a VMB e VCI superiores aos limites de exposição ocupacional são caracterizada como insalubres em grau médio (BRASIL, 1978).

A umidade também é prevista como possível agente insalubre de grau médio pelo Anexo 10 da NR-15 conforme estabelece: “As atividades ou operações

executadas em locais alagados ou encharcados, com umidade excessiva, capazes de produzir danos à saúde dos trabalhadores, serão consideradas insalubres em decorrência de laudo de inspeção realizada no local de trabalho.” (BRASIL, 1978).

A fim de que se tenha percepção da nocividade desses agentes, Francisco Paumgartten alerta, ao falar sobre exposição indireta da criança a substâncias químicas durante o período de amamentação:

A exposição da nutriz a substâncias químicas no local de trabalho, antes e durante a lactação, pode resultar em exposição significativa do lactente via leite materno. Substâncias lipofílicas a que a nutriz foi exposta (e.g. hidrocarbonetos aromáticos policíclicos, solventes, medicamentos), e estão presentes no seu sangue, tendem a se concentrar na gordura do leite, sendo, desta forma, transferidas para a criança. (PAUMGARTTEN, 2013, p. 1486).

Diante disso, comprova-se a possibilidade de transmissão à criança, por meio do leite materno, dos agentes químicos aos quais a mãe é exposta, quando em labor em ambiente insalubre.

Já a exposição a agentes biológicos pode se enquadrar em insalubridade média ou máximo, de acordo com o Anexo 14 da NR-15. (BRASIL, 1978)

A referida norma qualifica a insalubridade em grau máximo, por exemplo, quando o trabalho ou a operação ocorre em contato permanente com pacientes em isolamento por doenças infectocontagiosas, bem como objetos de seu uso, não previamente esterilizados.

Entretanto, havendo contato permanente com pacientes, animais ou com material infectocontagioso, em hospitais, serviços de emergência, enfermarias, ambulatórios, postos de vacinação e outros estabelecimentos destinados aos cuidados da saúde humana, estar-se-ia configurada insalubridade em grau médio, aplicando-se tal parâmetro unicamente ao pessoal que tenha contato com os pacientes, bem como aos que manuseiam objetos de uso destes, não previamente esterilizados,

Dessa forma, as atividades somente são tidas como insalubres em grau máximo, quando se tratar de trabalho em contato permanente com pacientes em isolamento por doenças infectocontagiosas.

Inerente à atividade, a insalubridade por agentes biológicos não pode ser eliminada ou neutralizada com o uso de EPI, de modo que a utilização de luvas e outros

equipamentos que evitam o contato com o agente nocivo podem, quando muito, minimizar o risco. (PEREIRA, M. 2017)

Importante salientar que, enquanto os agentes físicos e químicos enfraquecem o organismo do trabalhador de forma lenta e contínua, os agentes biológicos oferecem risco de vida.

Quanto aos efeitos maléficos da exposição materna a agentes infecciosos, importa destacar a lição de Francisco Paumgartten:

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

Pelo exposto, é possível inferir a nocividade inerente aos agentes insalubres e seus reflexos maléficos para o organismo de nascituros e lactentes quando a mãe é exposta à insalubridade.

Dessa forma, não se mostra razoável expor mulheres em situação de acentuada vulnerabilidade, como é o caso das gestantes e lactantes, a ambientes de trabalho que contenham agentes insalubres caracterizados pela prejudicialidade à saúde.

Isso porque os riscos inerentes às condições insalubres são potencializados pela fragilidade característica das mulheres em período gestacional ou lactacional, haja vista a necessidade de compartilhar os nutrientes de seu próprio organismo para a subsistência de um outro indivíduo.

Além disso, a insalubridade, como apontado, repercute também na esfera do nascituro e da criança lactente devido ao contato direto com a mãe sujeita à tal ambiente desabonador de saúde, sofrendo, com isso, os efeitos do poderio depredatório do labor em condições indignas antes mesmo de adentrar por si mesmos no mercado de trabalho.

Nesta toada, são necessárias diligências estatais no sentido de minimizar os riscos advindos da insalubridade no ambiente laboral, obrigação que é prevista na Constituição Federal, por meio do conteúdo de direitos fundamentais, como a vida, o meio ambiente ecologicamente equilibrado e a redução dos riscos inerentes ao trabalho.

Entretanto, observa-se que o art. 394-A da CLT, com a modificação advinda da Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), apresenta disposições permissivas quanto ao exercício laboral em condição insalubre por mulheres em período de gestação e aleitamento. Isso, por sua vez, representa distanciamento de aspectos considerados substanciais e meritórios de proteção especial pelo texto constitucional, o que justifica a análise do mencionado dispositivo sob a perspectiva da Constituição Federal, a fim de se permitir conclusões acerca da sua constitucionalidade.

4 O ART. 394-A DA CLT SOB A PERSPECTIVA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A normatização do trabalho das mulheres gestantes e lactantes em ambiente insalubre é especificamente disciplinada pela Consolidação das Leis do Trabalho no seu art. 394-A. Entretanto, desde sua criação, em 2016, a redação de tal artigo já foi fruto de várias modificações, algumas, inclusive, com conteúdos divergentes, os quais merecem análise neste trabalho.

Atualmente, o referido artigo encontra-se com a redação determinada pela Lei 13.467/17 (Reforma Trabalhista) e apresenta disposições passíveis de críticas quando analisado em face do panorama de salvaguarda dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos. Dessa forma, examina-se o histórico das disposições do artigo 394-A da CLT, bem como analisa-se a redação atual, sob a perspectiva da Constituição Federal de 1988, de forma a construir conclusões acerca da sua constitucionalidade.

4.1 Breve histórico das modificações do art. 394-A da CLT

A redação original da CLT não dispunha acerca do trabalho insalubre de mulheres gestantes e lactantes, o que representava uma permissão a tal exercício.

Em 2016, por sua vez, tal matéria passou a ser disciplinada pelo art. 394-A, o qual foi acrescentado à Consolidação por meio da Lei 13.287/2016. O projeto de tal lei foi apresentado pelo Deputado Federal Sandes Júnior, em 2007, sob as seguintes justificativas:

“Várias proibições discriminatórias ao trabalho feminino caíram, com a adoção ampla do Princípio da Igualdade pela Constituição Federal de 1988. Assim, não são mais proibidas para a mulher as prorrogações da jornada, o trabalho insalubre, perigoso, noturno, em subterrâneos, minerações, subsolos, pedreiras e nas obras de construção, como previsto anteriormente em dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. Foram mantidas, na legislação atual, apenas as disposições que têm por objeto medidas protetivas em relação ao período de gravidez e pós parto, de amamentação e a certas situações peculiares à mulher, como de sua impossibilidade física de levantar pesos excessivos. É essa a tendência da legislação dos países

desenvolvidos e em desenvolvimento que defendem o afastamento de medidas de proteção ao trabalho feminino, como forma de se evitar maiores prejuízos à mulher, porquanto tais medidas têm incentivado a prática de atitudes discriminatórias. Assim, a prevalência e quase que a exclusividade das preocupações modernas se dirigem para a proteção à maternidade, em razão do interesse público e social de que está revestida a matéria. Dessa forma, por considerarmos que o trabalho em ambientes insalubres é inegavelmente prejudicial não só para as trabalhadoras, mas principalmente para o feto e para a criança em fase de amamentação, estamos apresentando o presente Projeto de Lei, para proibir o trabalho da gestante e da lactante em atividades ou locais insalubres. Entretanto a obrigatoriedade de afastamento da empregada gestante ou lactante pode causar-lhe um prejuízo econômico se, ao ser afastada da atividade insalubre, perder o adicional que lhe era anteriormente devido. Por isso, estamos prevendo, no Parágrafo único do artigo acrescentado à CLT, que, enquanto durar o afastamento da empregada, esta terá direito ao salário que vinha percebendo, incluindo o adicional de insalubridade a que tinha direito.” (BRASIL, 2007)

É possível inferir que a *mens legis* para a adição do referido dispositivo ao texto da CLT residiu em proteger o trabalho feminino, ao qual apenas deve ser deferido tratamento especial quando por ocasião da presença de justificativa para tal diferenciação, como é o caso do pós-parto e da gestação, os quais revestem o panorama de saúde da mulher de especificidades justificadoras de especial amparo.

A partir da lei 13.287/2016, portanto, o supramencionado artigo foi adicionado à CLT, dispondo, *in verbis*: “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, 2016)

Dessa forma, na primeira redação do referido artigo, o legislador proibiu taxativamente o trabalho de empregadas gestantes e lactantes em qualquer ambiente prejudicial à saúde, independentemente do grau de insalubridade. Além disso, havia a obrigação, disciplinada ao final do dispositivo, de que as atividades laborais passassem a ser exercidas em ambiente salubre.

Outrossim, no texto original do art. 394-A da CLT, não havia a exigência de atestado médico comprovador da vulnerabilidade da gestante e da lactante, no caso concreto, para que se determinasse o afastamento da atividade insalubre. O simples estado gravídico já justificava a imprescindibilidade do exercício do trabalho em

ambiente salubre, para a garantia de uma gestação e de um puerpério saudável para a mãe e para a criança.

Por sua vez, o advento da Lei 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista, publicada em 13 de julho de 2017, determinou uma nova redação para o dispositivo em comento, *in verbis*:

“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.

§1o (VETADO);

§ 2o Cabe à empresa pagar o adicional de insalubridade à gestante ou à lactante, efetivando-se a compensação, observado o disposto no art. 248 da Constituição Federal, 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 julho de 1991, durante todo o período de afastamento.” (BRASIL, 2017a)

Da análise do supramencionado dispositivo, observa-se que a Reforma Trabalhista trouxe como regra a permissão do trabalho de gestantes e lactantes em condições insalubres. Expcionam tal norma somente a proibição do labor em período gestacional em ambientes de insalubridade máxima e, nos demais casos, a apresentação de atestado médico que justifique a necessidade de afastamento da mulher de tal ambiente prejudicial à saúde. Com isso, prevê à trabalhadora o ônus de comprovar sua vulnerabilidade, a qual só é presumida quando sujeita a máximos níveis de insalubridade.

Posteriormente, tal redação sofreu modificação pela Medida Provisória (MP) nº 808, de 14 de novembro de 2017, a qual determinou ao art. 394-A da CLT as seguintes disposições:

“Art. 394-A. A empregada gestante será afastada, enquanto durar a gestação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres e exercerá suas atividades em local salubre, excluído, nesse caso, o pagamento de adicional de insalubridade.

.....

§ 2º_O exercício de atividades e operações insalubres em grau médio ou mínimo, pela gestante, somente será permitido quando ela, voluntariamente, apresentar atestado de saúde, emitido por médico de sua confiança, do sistema privado ou público de saúde, que autorize a sua permanência no exercício de suas atividades.

§ 3º A empregada lactante será afastada de atividades e operações consideradas insalubres em qualquer grau quando apresentar atestado de saúde emitido por médico de sua confiança, do sistema privado ou público de saúde, que recomende o afastamento durante a lactação.”(BRASIL, 2017b)

Dessarte, a MP nº 808/2017 previa, no caput do dispositivo, como regra, o afastamento da empregada gestante de quaisquer ambientes ou tarefas insalubres, sendo assegurado o exercício da atividade laboral em ambientes dotados de salubridade. Tal redação é idêntica à proporcionada pela Lei 13.287/2016, à exceção da não extensão da referida garantia às empregadas lactantes pela medida provisória em comento.

Nesta toada, as disposições atribuídas ao artigo pela MP nº 808/2017 o revestiu de um caráter mais protecionista no que tange ao período gestacional, já que partiam do princípio de que gestante e nascituro são presumidamente vulneráveis, sendo elidida tal presunção e permitido o trabalho, portanto, apenas com a cumulação de dois requisitos: grau de insalubridade inferior ao máximo e apresentação de recomendação médica para tal exercício laboral.

Entretanto, no que concernia às lactantes, a regra era a permissão do trabalho em condições de insalubridade. Desta feita, o afastamento das atividades era visto como exceção e justificado por meio de atestado médico.

Com a perda da eficácia da referida medida provisória, em 23 de abril de 2018, houve a consolidação da redação do art. 394-A da CLT, determinada pela Reforma Trabalhista.

Retomando-se o teor de tal dispositivo, observa-se a permissão do trabalho da gestante e da lactante em ambiente insalubre, como regra. Essa previsão, por seu turno, desconsidera a especial condição da mulher em período gestacional ou lactacional.

Com isso, permite-se a assunção de riscos à saúde e, consequentemente, à vida da trabalhadora, do nascituro e do lactente, em confronto com distames constitucionalmente assegurados a esses indivíduos, situação que torna impreterável a discussão acerca da constitucionalidade do dispositivo em comento.

4.2 Considerações acerca da constitucionalidade do art. 394-A da CLT

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 apresenta significativo espectro de princípios e direitos fundamentais, os quais, voltados à salvaguarda da dignidade humana, consistem em preceitos basilares do ordenamento jurídico nacional.

Neste contexto, é imprescindível o respeito à Supremacia Constitucional³ pelo legislador ordinário, o qual deve desempenhar a atividade legiferante em consonância com as disposições constitucionais, com vistas a permitir a materialização dos direitos institucionalizados pela Lei Maior.

Nesta envergadura, a análise do art. 394-A da CLT em face do texto constitucional demonstra-se imperiosa, haja vista o referido dispositivo tratar de assuntos caros ao ordenamento jurídico brasileiro, tais como a maternidade, a infância e o trabalho, os quais gozam de arcabouço protetivo com *status* de fundamentalidade e possuem concretização atrelada à garantia de outros direitos fundamentais.

³ A ideia de supremacia constitucional diz respeito à superioridade jurídica da Constituição sobre os demais atos normativos no âmbito do Estado. Por força desse entendimento, nenhum ato jurídico ou mesmo manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental.

4.2.1 Aspectos gerais sobre os direitos fundamentais

É oportuno dispor, brevemente, acerca das peculiaridades atinentes aos direitos fundamentais a fim de se obter uma melhor compreensão do poder normativo de tais direitos e, com isso, realizar análise dos direitos fundamentais abrangidos pelo art. 394-A da CLT.

Primeiramente, registre-se variedade terminológica verificada na doutrina pátria no que se refere a tais direitos, sendo frequente, nesse sentido, a confusão entre direitos fundamentais e direitos humanos.

Em linhas gerais, direitos fundamentais representam o rol de direitos positivados no âmbito interno do Estado, sendo insculpidos na Constituição, já direitos humanos são inerentes à qualidade de ser humano, reconhecidos internacionalmente, por meio de documentos de âmbito universal.

Na presente obra, opta-se pela adoção da expressão “direitos fundamentais”, coadunando-se com o entendimento de José Afonso da Silva, haja vista se considerar ser a terminologia mais adequada, já que, além de fazer referência a ideologia política de cada ordenamento jurídico, estipula, no nível do direito positivo, prerrogativas materializadoras da igualdade, da liberdade e da dignidade. (SILVA, J. 2004)

Nesta envergadura, o legislador constituinte, com o propósito de formar núcleo informativo da ordem jurídica matriz, elegeu direitos fundamentais, os quais, dotados de elevado *status* normativo, gozam de reconhecimento e qualificação diferenciados.

Nesta toada, a expressão de validade dos direitos fundamentais deve-se à inserção destes no corpo normativo de uma determinada ordem jurídica, notadamente por previsão constitucional, já que é na Constituição que todas as regras se inspiram e buscam validades como normas jurídicas. (BARROSO, 2009)

Nesse sentido, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2012, p.40) definem:

“Os direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.”

Os mencionados autores, dessa forma, ressaltam o caráter limitador da ação estatal assumido pelos direitos fundamentais com o propósito de assegurar liberdades

individuais. A respeito de tal atributo, José Afonso da Silva destaca o poderio popular na configuração da fundamentalidade dos direitos, aduzindo que estes não representam, efetivamente, contraposição dos cidadãos administrados à atividade pública, mas sim uma limitação imposta pela soberania popular ao poder estatal. (SILVA, J. 2004)

Além do conteúdo impositor de respeito às liberdades individuais – *status negativus*- do qual se revestem os direitos fundamentais, Robert Alexy evidencia a existência de conteúdo prestacional no caráter dos mencionados direitos – *status positivus*. Diante disso, o autor divide os direitos fundamentais em dois grupos: normas de conteúdo negativo e normas de conteúdo positivos. As primeiras dizendo respeito à necessária abstenção do Estado frente ao exercício dos direitos por seus titulares, já as segundas referindo-se à dimensão prestacional de assegurar o gozo do direitos por seus titulares mediante políticas públicas estatais, passíveis de serem exigidas pelos cidadãos. (ALEXY, 2008)

Em outras palavras, é obrigação do Estado concretizar mecanismos suficientemente aptos a assegurar, além de prerrogativas da liberdade individual – *status negativo*-, as prerrogativas de acesso aos bens materiais necessários ao exercício dos direitos institucionalizados – *status positivo*. Por sua vez, verifica-se o entrelace entre tais conceitos já que não basta que o Estado assegure a liberdade dos cidadãos sem a garantia de um mínimo substancial promovedor de uma vida com dignidade.

Dessa forma, o conteúdo positivo dos direitos fundamentais implica uma postura ativa do Estado no sentido de disponibilizar aos indivíduos prestações correspondentes à sua realidade fática. Nessa dimensão, por seu turno, encontra-se o dever estatal de proporcionar prestações legislativas que permitam aos cidadãos a regulamentação do direitos constitucionalmente assegurados de forma a viabilizar seu exercício e a concretização da dignidade embasadora de tais direitos.

Dos *status* negativo e positivo dos direitos fundamentais, portanto, é que decorre, respectivamente, a obrigação do legislador ordinário de não oferecer restrição ao núcleo essencial de tais direitos, bem como de fornecer prestações destinadas a concretização destes.

Da referida teoria dos *status*, evidencia-se a eficácia vertical dos direitos fundamentais, a qual sustenta o dever estatal de respeitar e assegurar as liberdades individuais e de diligenciar prestações positivas para consecução dos direitos sociais, a partir do reconhecimento de que há uma relação vertical de poder entre governantes e governados. (LEITE, 2011)

Outrossim, encontra-se em expansão, no Brasil, a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a qual propugna a aplicabilidade de tais direitos também nas relações privadas, fundando-se na constatação da existência de desigualdade não só entre Estado e particulares, como também entre os próprios particulares.

Nesse sentido, Ingo Sarlet fundamenta tal teoria:

"no Estado Social de Direito não apenas o Estado ampliou suas atividades e funções, mas também a sociedade cada vez mais participa ativamente do exercício do poder, de tal sorte que a liberdade individual não apenas carece de proteção contra os poderes públicos, mas também contra os mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, os detentores de poder social e econômico, já que é nesta esfera que as liberdade encontram-se particularmente ameaçadas."
(SARLET, 2018, p. 401)

Com base em tais constatações, é imperioso reconhecer a eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho subordinado, haja vista a característica disparidade de poderes entre empregados e empregadores e a potencialidade de cerceamento de direitos advindo desta.

Nesse sentido, Luiz Otávio Renault e Isabela Márcia Fabiano propõem interpretação acerca do direito à propriedade privada e dos princípios da ordem econômica a fim de justificar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais dos trabalhadores nas relações laborais, senão vejamos:

Nem mesmo a fundamentabilidade atribuída expressamente pela Constituição brasileira à propriedade privada isenta a empresa de respeitar o mínimo existencial necessário para a garantia dos direitos personalíssimos do empregado, uma vez que as atividades econômicas são instrumento para a valorização social do trabalho e devem ser desempenhadas em harmonia com a racionalidade do neoconstitucionalismo, que coloca a pessoa humana no epicentro do ordenamento jurídico. Tudo gira em torno e em prol, intensa e extensamente, da pessoa humana, a quem o Direito se destina com o fito de proporcionar a busca da realização material e metafísica (RENAULT; FABIANO, p. 227)

Ante o exposto, o reconhecimento da horizontalidade da eficácia dos direitos fundamentais torna impreverível o dever dos particulares, notadamente dos

empregadores, de garantir a concretização de tais direitos no âmbito das relações trabalhistas.

Ressalte-se, no entanto, que o rol dos direitos fundamentais da República Federativa do Brasil não se restringe aos elencados no Título II da Lei Maior, quais sejam direitos individuais, sociais, políticos e de nacionalidade. Com efeito, é imperioso reconhecer a existência de direitos materialmente fundamentais espalhados por vários dispositivos do texto constitucional, bem como previstos em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, reconhecimento esse decorrente da cláusula de abertura material dos direitos fundamentais.⁴

Ademais, a justificação do destaque dado pela Constituição aos direitos fundamentais deve-se ao conteúdo axiológico de tais direitos na medida em que positivam valores básicos existentes em sociedade, disso decorrendo sua legitimidade e substancialidade. A esse respeito, Ingo Sarlet leciona:

“Os direitos fundamentais, como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos (daí seu conteúdo axiológico), integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais (a assim denominada parte orgânica ou organizatória da Constituição), a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias (necessidade que se fez sentir da forma mais contundente no período que sucedeu à Segunda Grande Guerra) certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo.” (SARLET, 2005, p. 70)

Por sua vez, a dignidade da pessoa humana é vetor para a identificação dos direitos fundamentais, já que a existência destes está condicionada ao objetivo de concretização de uma vida digna, a qual os indivíduos fazem jus pela condição de seres humanos.

Nesse sentido, Ingo Sarlet define a dignidade da pessoa humana como qualidade intrínseca e distintiva dos seres humanos justificadora da existência de

⁴ A cláusula de abertura material dos direitos fundamentais decorre da previsão do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, o qual estabelece que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Tal cláusula inclusiva, portanto, diz respeito à repulsa por um rol exaustivo de direitos fundamentais, permitindo-se a inclusão de outros direitos que apresentem justificação de fundamentalidade.

direitos e deveres fundamentais com vistas a proporcionar condições mínimas de uma vida saudável, a permitir a isenção de atos degradantes e a incentivar a autonomia e a participação social. (SARLET, 2002).

A essencialidade dos direitos fundamentais e sua relação com o princípio da dignidade da pessoa humana também é comentado por Flávia Piovesan, senão vejamos:

A dignidade da pessoa humana, vê-se assim, está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânones constitucionais que incorpora “as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro. (PIOVESAN, 2000, p.54-55)

Por tais razões, a Carta Maior brasileira, no seu art. 1º, inciso III,⁵ consagra a dignidade humana como princípio-valor fundamentador do ordenamento jurídico brasileiro. Disso decorre que a dignidade humana como princípio, deve ser respeitada por tudo e por todos, notadamente, pelo processo legislativo e de aplicação do Direito, já, como valor, justifica a própria existência do ordenamento jurídico.

A partir disso, evidencia-se o caráter normativo-vinculante do princípio-valor da dignidade humana. Consequentemente tal atributo, assume dupla função: defensiva e prestacional, ou seja, assegura a não violação da dignidade da pessoa humana e justifica a implementação por parte do Estado e toda a sociedade de condutas positivas para sua promoção. (SARLET, 2012)

A respeito da impossibilidade de restrição do núcleo essencial dos direitos fundamentais pelo legislador ordinário, lecionam Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins:

“Se fosse reservado ao legislador o poder de concretizar as reservas legais conforme seu entendimento e avaliação política, os direitos fundamentais abstratamente garantidos poderiam perder qualquer significado prático. A garantia constitucional restaria, em última instância, inócuia, abandonando-se, na prática, o princípio da supremacia constitucional.” (DIMOULIS; MARTINS, 2012, p.159)

⁵ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana; (...)

Em consonância com o princípio da dignidade humana, portanto, não é permitido ao Estado, inclusive por atividade legiferante, restringir a esfera protetiva dos direitos fundamentais, bem como não configura discricionariedade estatal a promoção da concretização de direitos constitucionalmente previstos, mas sim em um dever encetado pela supremacia constitucional.

Ante todo o exposto, sonda-se se a previsão permissiva do trabalho em condições insalubres para gestantes e lactantes pelo art. 394-A da CLT orbita em consonância com os *status negativus* e *positivus* dos direitos fundamentais, ou seja se há mecanismos de proteção ao núcleo essencial de tais direitos e se contém disposições que promovam tal núcleo. Além disso, analisa-se se tal norma se adequa às eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais, as quais, respectivamente, exigem o dever do Estado e dos particulares em promover a materialização de tais direitos. Tais exames, assim, direcionam para a conclusão acerca da constitucionalidade do dispositivo em comento.

4.2.2 Análise da constitucionalidade do art. 394-A da CLT

Dentre os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, o direito à vida ocupa papel de destaque, recebendo menção antes de todos os demais no rol de direitos e garantias individuais cuja inviolabilidade é garantida pela Constituição Federal de 1988.⁶

Na dicção de Ingo Sarlet:

Certo é que o direito à vida opera, para além de sua condição de direito fundamental autônomo, como “pressuposto fundante de todos os demais direitos fundamentais”, “verdadeiro pré-requisito da existência dos demais direitos consagrados constitucionalmente”, ou, como enfatizado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, como base vital da própria dignidade da pessoa humana. (SARLET, 2014, p. 188)

⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

Nesta envergadura, o caráter de pressuposto fundante dos demais direitos fundamentais atinente ao direito à vida deve-se à constatação de que para que seja permitida a fruição de qualquer outro direito é necessária a configuração da condição de estar vivo. Dessa forma, já que se constitui em pré-requisito para a existência e para o exercício de todos os demais direitos, Alexandre de Moraes classifica a vida como o mais fundamental de todos os direitos. (MORAES, 2000)

Assim, reconhece-se o direito à vida como substancial para a existência de todos os demais direitos fundamentais, atrelando-se sobremaneira à ideia da dignidade da pessoa humana. Isso porque o direito à vida não se limita ao direito de estar vivo, mas também abrange o direito a uma vida digna, o que relaciona-se diretamente com a consecução do respeito à dignidade dos seres humanos.

Maria Helena Diniz, nesse sentido, aduz acerca da fundamentalidade do direito à vida, classificando-o como “princípio do primado do mais relevante”, capaz inclusive de se sobrepor aos demais direitos em caso de colisão, haja vista sua base ser a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil. A respeito do assunto, a autora complementa:

O direito à vida, por ser essencial ao ser humano, condiciona os demais direitos da personalidade. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, *caput*, assegura a inviolabilidade do direito à vida, ou seja, a integralidade existencial, consequentemente, a vida é um bem jurídico tutelado como direito fundamental básico desde a concepção, momento específico, comprovado cientificamente, da formação da pessoa. Se assim é, a vida humana deve ser protegida contra tudo e contra todos, pois é objeto de direito personalíssimo. O respeito a ela e aos demais bens ou direitos correlatos decorre de um dever absoluto ‘*erga omnes*’, por sua própria natureza, ao qual a ninguém é lícito desobedecer. (DINIZ, 2006, p. 22-24).

Por tais razões, o texto constitucional, ao situá-lo no rol dos direitos e garantias individuais, defere ao direito à vida a qualidade de cláusula pétreia, revestindo-o com o manto da imutabilidade e configurando a inconstitucionalidade de Emenda Constitucional que tenda a aboli-lo, por força da previsão do art. 60, § 4º da Constituição Federal.⁷

⁷Art. 60, § 4º da Constituição Federal: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais.”

Evidencia-se, por seu turno, que a vida humana é garantida por uma boa saúde, já que é inconcebível a manutenção da vida sem que haja um desempenho hígido das funcionalidades do organismo, demonstrando-se, com isso, a imanência entre o direito à vida e o direito à saúde.

Nesse sentido, é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, o qual, reconhece o direito à saúde como consequência constitucional indissociável do direito à vida, na medida em que a manutenção dessa depende de mecanismos que proporcionem condições de uma vida saudável. (BRASIL, 2000).

O vínculo entre tais direitos, por sua vez, justifica o *status* de direito fundamental de que a Constituição Federal reveste a saúde, dotando-a de todas as peculiaridades de fundamentalidade atinentes aos direitos basilares do ordenamento jurídico.

O direito à saúde, nesse sentido, é enquadrado pela Constituição Federal dentre o rol dos direitos sociais, sendo considerado direito de todos e dever do Estado, a quem cabe instituir políticas que visem à redução do risco e do agravamento de doenças, conforme previsão do art. 196 da CRFB/88.

Superada a constatação da fundamentalidade dos direitos à vida e à saúde, verifica-se que eles dispõem dos *status negativus* e *positivus* dos direitos fundamentais, expostos no tópico anterior, *status* esses que, respectivamente, acarretam uma obrigação estatal de abstenção em restringir o núcleo essencial de tais direitos, assim como provocam o dever de promover políticas públicas, inclusive por meio da função legiferante, de materialização desses direitos.

Ademais, ressalte-se a eficácia horizontal dos direitos à vida e à saúde que consiste na obrigação dos particulares em respeitar e concretizar a esfera de tais direitos, inclusive no âmbito das relações laborais, as quais devem prestigiar os referidos direitos fundamentais por meio da promoção de condições de trabalho dignas.

Tendo isso em perspectiva, retome-se ao teor vigente do artigo 394-A da CLT, o qual estipula como regra a permissão de que gestantes e lactantes laborem em condições insalubres, condicionando a possibilidade de afastamento laboral somente à apresentação de atestado médico que o recomende. A única exceção para tal previsão fica por conta da proibição do trabalho de gestantes em contato com agentes dotados de insalubridade máxima, proteção não deferida às mulheres em fase de aleitamento.

A partir da análise do dispositivo supramencionado, é possível concluir que ele apresenta repercussões significativas na esfera do direito à vida e à saúde dos

indivíduos aos quais se refere. Isso porque, conforme relatado no capítulo anterior, a insalubridade é caracterizada pela presença de agentes nocivos à saúde acima dos níveis de tolerância do organismo humano.

Além disso, registre-se que, na atualidade, não há dados científicos suficientes para fixar limites de tolerância para a maioria das substâncias de ordem biológica.⁸ Dessa forma, não há como se assegurar aos trabalhadores em contato com tais agentes insalubres níveis de exposição que não os ponham em risco de contração de doenças. (PEREIRA, 2005)

Dessa forma, a insalubridade, além da já conhecida nocividade à saúde que apresenta, pode ostentar potencial lesivo ainda não descoberto pela ciência, não sendo razoável, portanto, submeter indivíduos dotados de carga acentuada de vulnerabilidade aos malefícios do trabalho em tais condições.

Diante disso, a permissão de que a mulher grávida ou em fase de amamentação labore mediante tais condições desconsidera a vulnerabilidade de mãe e filho nos períodos de aleitamento e de gestação e expõe tais sujeitos a graves riscos à sua saúde.

Dessa forma, verifica-se que o legislador ordinário, ao editar o art. 394-A da CLT, desconsiderou sobremaneira o *status negativus* dos direitos fundamentais à vida e à saúde, já que, por meio de norma infraconstitucional, permitiu à mulher, ao feto e ao nascituro exposição a agentes que vulnerabilizavam sua saúde e, com isso, apresentam interferências na manutenção da vida.

Além disso, assevera-se que a insalubridade não coaduna com o equilíbrio ecológico do meio ambiente, assegurado a todos por força do art. 225 da Constituição Federal⁹, e que abarca o âmbito do meio ambiente laboral. Isso porque o espaço laboral deve ser especialmente protegido a fim de se possibilitar resultados lucrativos do trabalho e, concomitantemente, de se promover condições adequadas de labor que respeitem a saúde e o bem-estar do trabalhador.

⁸ Incluem-se, nesse cenário, agentes biológicos nocivos que permeiam estábulos, coleta e industrialização de lixo urbano, cemitérios, serviços de esgotos (galerias e tanques), hospitais, serviços de emergência, ambulatórios, postos de vacinação, enfermarias, e outros estabelecimentos destinados aos cuidados da saúde humana (SALIBA; CORRÊA, 2011).

⁹ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

A opção do ordenamento jurídico brasileiro ao adotar a monetização do risco no que concerne à insalubridade, dessa forma, permite que indivíduos laborem em ambiente dotado de condições prejudiciais à saúde e sejam compensados por isso por meio de prestações pecuniárias. Registre-se que tal opção vai de encontro à tendência internacional da redução dos riscos inerentes ao trabalho.

Por sua vez, o supramencionado dispositivo constitucional, vincula o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado à sadia qualidade de vida, reconhecendo tal direito como extensão do direito à vida. Tal direito, por sua vez, não é contemplado quando se permite o labor em condições insalubres já que se obstaculariza a garantia de uma qualidade de vida saudável.

Dessa forma, não é razoável a exposição de trabalhadores a ambientes dotados de insalubridade, já que se ofende diretamente o direito ao equilíbrio do meio ambiente laboral, bem como o direito à saúde, o qual apresenta repercussões no direito à vida.

Ainda mais reprovável, nesse sentido, é a permissão do trabalho em ambiente insalubre por mulheres grávidas e lactantes, uma vez que tais trabalhadoras se encontram em condição especial de vulnerabilidade devido à necessidade de garantir a subsistência de outro indivíduo – feto ou recém-nascido – por meio dos nutrientes de seu próprio organismo.

Além disso, tanto nascituro quanto o recém nascido, encontram-se em processo de formação e de adaptação, não dispondo da totalidade dos mecanismos de defesas atinentes ao organismo humano, o que justifica sua especial fragilidade a agentes externos.

Dessa forma, vulnerabilizar o direito à saúde e a à vida de tais indivíduos, por meio da exposição a agentes insalubres, representa inconstitucionalidade manifesta, na medida em que ofende diretamente tais direitos fundamentais e se omite do fornecimento de subsídios concretos para sua materialização.

Ademais, a permissão da exposição à insalubridade por gestantes e lactantes se contrapõe aos direitos sociais de redução dos riscos inerentes ao trabalho, bem como de proteção ao mercado de trabalho da mulher, previstos no art. 7º, XXII e XX¹⁰, aos quais são reconhecidos *status* de direitos fundamentais.

¹⁰ Art. 7 da CRFB/88: “XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; (...)

A Constituição Federal, ao prever o direito social à redução de riscos inerentes ao trabalho, estabelece sua consecução por meio de normas de saúde, higiene e segurança. Infere-se, disso, o dever estatal de elaborar mecanismos normativos de materialização desse direito acautelatório, nos quais se inclui construções legislativas.

Diante disso, a Lei 13.467/2017, ao modificar o art. 394-A da CLT, desconsidera tal previsão constitucional já que, na verdade, estabelece como regra a exposição a agentes insalubres, ocasionando, na verdade, aumento dos riscos provenientes de agentes externos no ambiente laboral, riscos esses acentuados devido à vulnerabilidade dos sujeitos abrangidos pela norma.

Além disso, não se observa no dispositivo da CLT em comento contemplação ao direito social à promoção do trabalho da mulher, uma vez que, com efeito, precariza as condições laborais das trabalhadoras e não oportuniza condições hígidas e atrativas de manutenção da mulher do mercado de trabalho, vulnerabilizando-a num dos estágio mais marcantes da sua vida, que é a maternidade.

Ademais, todo o panorama exposto, ensejado pelo art. 394-A da CLT, representa desprestígio aos direitos sociais de proteção à maternidade e à infância, bem como ao princípio da proteção integral da criança, garantias com status de direito fundamental.

Nesta toada, o art. 6º da Constituição Federal estipula como substancial ao ordenamento jurídico brasileiro a proteção à maternidade e à infância. Por sua vez, a justificativa para tal tutela especial remete às peculiaridades já aduzidas no presente trabalho que se consubstanciam na função biológica e socialmente atribuída à mulher de ser mãe, bem como na condição especial de pessoa em desenvolvimento da qual se revestem os indivíduos de tenra idade.

Por seu turno, o princípio da proteção integral da criança é inaugurado no ordenamento jurídico brasileiro pelo art. 227 da Constituição Federal, o qual prevê ser dever do Estado, da família e da sociedade assegurar à criança, com absoluta propriedade, um rol de direitos mínimos necessários ao seu desenvolvimento hígido, incluindo a vida, a saúde e a dignidade.

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;”

A partir de tal inovação constitucional, portanto, passou a vigorar, no Brasil, a Doutrina da Proteção Integral, baseada no princípio da absoluta prioridade, segundo o qual deve-se assegurar garantia prioritária dos direitos previstos para crianças e adolescentes, em todos os âmbitos de repercussão social. A respeito de tal espectro protetivo, Vanessa de Lima Santiago aduz:

A Doutrina da Proteção Integral oferece direitos e garantias a todas as crianças e jovens brasileiros independentemente de sua condição social ou situação familiar, podendo ser entendida como a necessidade de se dar à criança atenção diferenciada, rompendo com a igualdade puramente formal, em busca do estabelecimento de um sistema normativo voltado para o estabelecimento da igualdade material, por meio do tratamento privilegiado, com vistas a assegurar as necessidades básicas dos considerados como pessoas em desenvolvimento. (SANTIAGO, 2015)

Nesse sentido, Maria de Fátima Firmo, com enfoque no dever estatal decorrente do princípio da proteção integral da criança, assevera:

A vista da nova política de proteção integral da criança e do adolescente, prevista nas normas constitucionais, impõe-se a atuação do Estado de forma não só reparativa, quando já instalou uma situação irregular, ou seja, já houve ingerência de direitos, mas também de forma preventiva, isto é, de maneira a garantir condições físicas, mentais, morais, espirituais e sociais para que a criança e o adolescente usufruam de todos os direitos fundamentais inerentes a pessoa humana. (FIRMO, 1999, p.31)

Ressalta-se, nesse sentido, o dever estatal de prevenção e de reparação de condutas desabonadoras da dignidade dos indivíduos de tenra idade, o que deve ser exercido com absoluta prioridade por imposição constitucional.

Tal panorama protetivo é reforçado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, ratificada pelo Brasil, na mesma data, que estabelece, no seu art. 25, a especialidade da maternidade e da infância, ensejadora de assistência diferenciada, bem como prevê o direito à vida como garantia de todos e viabilizado por meio da saúde e do bem-estar, senão vejamos:

Artigo 25º 1.Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na

doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade. 2. A maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozam da mesma proteção social. (ASSEMBLEIA GERAL DA ONU, 1948)

Não se coaduna com tais disposições fundamentais, portanto, expor indivíduos em situação de diferenciada fragilidade a agentes insalubres caracterizados pela prejudicialidade à saúde. Diante disso, reforça-se o caráter inconstitucional da qual se reveste a redação atual do art. 394-A da CLT, na medida em que desconsidera o sistema protetivo especial garantido pela Lei Maior à mulher enquanto mãe e às crianças enquanto seres em desenvolvimento.

Isso porque em contexto de insalubridade, diante dos malefícios que o caracterizam, o ideal é o remanejamento laboral das gestantes e lactantes do trabalho em tais condições. Esta se revela, assim, a conduta mais razoável devido à nocividade atinente a tais ambientes e a impossibilidade de mensurar seu potencial lesivo.

Ademais, o conteúdo atual do art. 394-A da CLT tem espírito menos protecionista do que o da redação anterior do dispositivo, determinada pela Lei 13287/2016, que previa o afastamento de gestantes e lactantes do trabalho em condições insalubres.

Nesta envergadura, verifica-se que o dispositivo em comento representa ofensa ao princípio da vedação ao retrocesso social, que constitui garantia constitucional implícita. Tal princípio diz respeito ao reconhecimento de que o Estado, após a implementação de um direito fundamental, não pode retroceder, ou seja, não pode praticar atos que vulnerem tal direito.

A vedação ao retrocesso social, por sua vez, é inferida da previsão do artigo 5º, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988, que dispõe terem as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais aplicação imediata.

Tal previsão impõe proteção efetiva dos direitos fundamentais não apenas contra a atuação do poder de reforma constitucional, mas também contra o legislador ordinário e os demais órgãos estatais que, portanto, além de serem responsáveis permanentemente pelo desenvolvimento e pela concretização eficiente dos direitos fundamentais não podem – em qualquer hipótese – suprimir ou restringir de modo a invadir o núcleo essencial do direito fundamental. (SARLET, 2018)

Nesta toada, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social prestigia a dimensão negativa dos direitos sociais –*status negativus*– impedindo, em consequência,

que essas prerrogativas sejam reduzidas ou abolidas, já que, conforme lecionam Canotilho e Vital Moreira (1991, p.131) “uma vez dada satisfação ao direito, este se transforma, nessa medida, em direito negativo, ou direito de defesa, isto é, num direito a que o Estado se abstinha de atentar contra ele”.

A esse respeito, Ingo Sarlet afirma:

“Negar reconhecimento ao princípio da proibição do retrocesso significaria, em última análise, admitir que os órgãos legislativos (assim como o poder público de um modo geral), a despeito de estarem inquestionavelmente vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, dispõem do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do Constituinte.” (SARLET, 2004, p.162)

Ressalte-se que o apontado panorama de retrocesso social advém do contexto no qual foi editada a Reforma Trabalhista (Lei 13.467/17), caracterizado pela flexibilização dos direitos dos trabalhadores e pela precarização das relações trabalhistas, sob a escusa de tentar superar as intempéries econômicas e o desemprego.

Em que pese se reconheça a complexidade relativa à manutenção do equilíbrio econômico, os direitos sociais dos trabalhadores, na condição de direitos fundamentais, não podem ser precarizados, haja vista serem dotados de indisponibilidade derivada do interesse social consubstanciado em tais direitos, bem como da essência de proteção à dignidade da pessoa humana ínsita a eles.

Diante disso, observa-se que o art. 394-A da CLT, modificado pela Reforma Trabalhista, não reconhece a eficácia vertical dos direitos fundamentais discutidos, a qual impõe ao Estado, inclusive por meio de mecanismos legislativos, a atuação de forma a concretizar tais direitos, já que, na verdade, a redação atual do artigo 394-A da CLT desprestigia-os. Tampouco observa-se consonância com a eficácia horizontal de tais direitos, na medida em que não promove a adequada obrigação aos particulares, notadamente aos empregadores, em garantir o remanejamento laboral das trabalhadoras e a redução dos riscos atinentes ao contexto de insalubridade.

Dessa forma, o autorização para o labor de gestantes e lactantes em condições insalubres, por meio do dispositivo em comento, representa retrocesso social, na medida em que o legislador ordinário normatiza disposições contrárias a direitos

fundamentais, os quais exigem posturas positivas do Estado no sentido de materializá-los, bem como negativas de não diligenciar de forma a limitá-los.

Corroborando com os argumentos apresentados, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA) aprovou, em 19 de outubro de 2017, o Enunciado nº 50, na 2º Jornada Nacional de Direito Material e Processual do Trabalho, o qual reconhece a inconstitucionalidade do art. 394-A da CLT:

TRABALHADORA GESTANTE E LACTANTE. ART. 394-A DA CLT.

A autorização legal permitindo o trabalho da gestante e lactante em ambiente insalubre é inconstitucional e inconvencional porque violadora da dignidade humana, do direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho, da proteção integral ao nascituro e à criança e do direito social à saúde. Ademais, o meio ambiente do trabalho saudável é direito fundamental garantido pela Constituição da República, revestido de indisponibilidade absoluta. Incidência dos arts. 1º, III; 6º; 7º, XXII;

; 200; 201, II; 203, I; 225; 226 e 227 da Constituição Federal; Convenção 103 e 183 da OIT; arts. 25, I e II da DUDH.

Nesta toada, verifica-se posicionamento do órgão de representação dos juízes do trabalho no sentido da dissonância entre a permissão do trabalho de lactantes e gestantes em ambiente insalubre com os distames da Constituição Federal, justamente pelo confronto com direitos fundamentais indisponíveis por sua natureza.

Ademais, a Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos (CNTM) por meio da ação direta de inconstitucionalidade (ADI), distribuída sob o n. 5.938/DF, alega exatamente a existência de vício de inconstitucionalidade no artigo em comento modificado pela Lei 13.467/17.

Tal ADI impugna a expressão “quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento” constante no final dos incisos II e II do art. 394-A da CLT.

A CNMT sustenta que a referida expressão representa afronta manifesta à proteção que a Constituição Federal veementemente atribui à maternidade, à gestação, à saúde, à mulher, ao nascituro, aos recém-nascidos, ao trabalho e ao meio ambiente do trabalho equilibrado, elencando os dispositivos correspondentes no texto constitucional.

Argumenta, ainda, que a manutenção da expressão atacada nos incisos mencionados subverte o valor constitucional de proteção da saúde da mulher e sua

prole, pois, estabelece como regra a exposição da empregada à situação de insalubridade, estipulando à própria empregada gestante ou lactante o ônus de comprovar a sua condição de vulnerabilidade.

Diante disso, na petição da ADI 5.958/DF, a autora pleiteia a suspensão cautelar da eficácia da referida expressão até o julgamento final da ação e, definitivamente, a declaração da inconstitucionalidade de tais disposições.

Ante o exposto, é possível reconhecer que o art. 394-A da CLT, com a redação determinada pela Reforma Trabalhista, não merece prosperar, pois eivado de vício de inconstitucionalidade por incompatibilidade substancial com direitos e princípios fundamentais da CRFB/88, haja vista a desconsideração dos direitos à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado e à proteção à maternidade e à infância, representando verdadeiro retrocesso social ensejador de repercussões imensuráveis no contexto social do trabalho.

À vista disso, reputa-se urgente atuação do Congresso Nacional, a quem compete a função legiferante típica, no sentido de modificar a disciplina da temática.

Sugere-se, portanto, que eventual mudança no dispositivo preveja o afastamento de gestantes e lactantes do labor em contato com qualquer nível de insalubridade, assim como, determine o remanejamento dessas trabalhadoras para exercício do trabalho em condições salubres.

Entende-se que, desse modo, contemplar-se-ia os direitos fundamentais assegurados pelo texto constitucional e, com isso, concretizar-se-ia a dignidade ínsita à pessoa humana, que deve ser prioritariamente zelada pelos órgãos legislativos, enquanto mecanismos de representação do povo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho almejou examinar a constitucionalidade do art. 394-A da CLT, analisando o conteúdo da referida norma no que se refere ao trabalho em condições insalubres por mulheres gestantes e lactantes e a consonância de tal disposição com direitos constitucionalmente assegurados com *status* de fundamentalidade pela Constituição Federal de 1988.

Para tanto, apresentou-se perspectiva dos aspectos sociológicos atinentes aos períodos gestacional e lactacional, bem como dos contornos da insalubridade e da potencialidade do seus malefícios ao organismo humano durante tais períodos.

Depreendeu-se da análise realizada que gestantes e lactantes detém característica vulnerabilidade devido à necessidade de garantir a subsistência de outro indivíduo – feto ou recém-nascido – por meio dos nutrientes de seu próprio organismo.

Além disso, verificou-se que, tanto o nascituro quanto o recém nascido, encontram-se em processo de formação e de adaptação, não dispondo, portanto, da totalidade dos mecanismos de defesas atinentes ao organismo humano, o que justifica sua especial fragilidade a agentes externos.

Diante de tais constatações, evidenciou-se a necessidade de que o meio ambiente de trabalho em que se inserem gestantes e lactantes seja apto a garantir a conservação da saúde da mulher, bem como o desenvolvimento hígido dos indivíduos em fase de formação.

Nesse sentido, justificou-se a necessidade do exame do art. 394-A da CLT em face dos direitos constitucionais à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado, bem como do princípio da proteção integral à criança e da proteção à maternidade.

A partir de tal análise, constatou-se que o dispositivo em comento desprestigia sobremaneira as garantias suprarreferenciadas na medida em que desconsidera a característica vulnerabilidade dos indivíduos afetados pela norma e em que assume riscos à vida e à saúde da gestante, do nascituro e do lactente por meio da exposição da trabalhadora mãe a agentes insalubres.

Ademais, identificou-se que o retrocesso social visualizado no referido dispositivo não é aspecto isolado, mas, sim, reflexo do panorama de precarização das relações de trabalho no qual se insere a Reforma Trabalhista, permitindo que a tentativa de contorno das adversidades econômicas e a manutenção do lucro diante destas se

sobreponham à garantia de condições de trabalho dignas em conformidade com as disposições constitucionais fundamentais.

Ante o exposto, evidencia-se que o art. 394-A da CLT é eivado de inconstitucionalidade material por incompatibilidade com os referidos direitos fundamentais, uma vez que não se harmoniza com o dever de concretização do princípio da dignidade humana.

Em linhas conclusas, espera-se que, subsidiado nos argumentos levantados, o Congresso Nacional venha a promover as alterações legislativas pertinentes, imprescindíveis para a materialização da proteção à maternidade no contexto do trabalho em condições de insalubridade e, com isso, evite-se ofensa à saúde e, consequentemente, à vida dos vulneráveis sujeitos ao efeito do dispositivo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

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

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Decreto 21.417-A, de 17 de maio de 1932**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21417-17-maio-1932-559563-publicacaooriginal-81852-pe.html>>. Acesso em: 7 set 2018

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 6.787, de 2016a**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarIntegra;jsessionid=142830DEA0A69F5C18ED3D7A506B9F2A.proposicoesWeb1?codteor=1550864&filename=R_EDACAO+FINAL++PL+6787/2016>. Acesso em: 7 set 2018.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 16 out. 2018

_____. **Decreto 16.300, de 31 de dezembro de 1923**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d16300.htm>. Acesso em: 7 set 2018.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 7 set 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 9 set 2018.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**.

Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. 9 set 2018.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. 9 set 2018.

_____. **Decreto-Lei 399, de 30 de abril de 1938.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-399-30-abril-1938-348733-norma-pe.html>>. Acesso em: 13 set. 2018

_____. **Lei 185, de 14 de janeiro de 1936.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1930-1939/lei-185-14-janeiro-1936-398024-publicacaooriginal-1-pl.htm>>. Acesso em: 13 set. 2018

_____. Ministério do Trabalho e Emprego. **Anexo 1, da Norma Regulamentadora 15, da Portaria 3.214, de 08 de julho de 1978a.** Disponível em: <<http://trabalho.gov.br/images/Documentos/SST/NR/NR15/NR15-ANEXO1.pdf>>. Acesso em: 7 set 2018.

_____. Ministério do Trabalho e Emprego. **Anexo 10, da Norma Regulamentadora 15, da Portaria 3.214, de 08 de julho de 1978i.** Disponível em: <<http://trabalho.gov.br/images/Documentos/SST/NR/NR15/NR15-ANEXO10.pdf>>. Acesso em: 7 set. 2018.

_____. Ministério do Trabalho e Emprego. **Anexo 14, da Norma Regulamentadora 15, da Portaria 3.214, de 08 de julho de 1978n.** Disponível em: <<http://trabalho.gov.br/images/Documentos/SST/NR/NR15/NR15-ANEXO14.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2018.

_____. Ministério do Trabalho e Emprego. **Anexo 7, da Norma Regulamentadora 15, da Portaria 3.214, de 08 de julho de 1978f.** Disponível em: <<http://trabalho.gov.br/images/Documentos/SST/NR/NR15/NR15-ANEXO7.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2018

_____. Ministério do Trabalho e Emprego. **Anexo 8, da Norma Regulamentadora 15, da Portaria 3.214, de 08 de julho de 1978g.** Disponível em: <<http://trabalho.gov.br/images/Documentos/SST/NR/NR15/NR15-ANEXO8.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2018

_____. Ministério do Trabalho e Emprego. **Norma Regulamentadora 15, da Portaria 3.214, de 08 de julho de 1978.** Disponível em:

<<http://trabalho.gov.br/images/Documentos/SST/NR/NR15/NR15-ANEXO15.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2018.

_____. **Medida Provisória n° 808, de 14 de novembro de 2017.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm> Acesso em: 24 de outubro de 2018.

_____. **Lei n° 13.467, de 13 de julho de 2017.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.html> Acesso em: 24 de outubro de 2018.

_____. **Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar 2.836/SP,** Relator: Ayres Britto. Data de Julgamento: 27/03/2012, Segunda Turma. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000308468&base=baseMonocraticas>>. Acesso em 16 set de 2018.

CALIL, Léa Elisa Silingowschi. **História do direito do trabalho da mulher: aspectos histórico-sociológicos do início da República ao final deste século.** São Paulo: LTr, 2000.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, ONU, 1948

DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** 4^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro,** 4^a ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Eficácia horizontal dos direitos fundamentais na relação de emprego.** Revista LTr, São Paulo, v. 75, n. 01, 2011.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho.** 32. ed. São Paulo, Atlas, 2016.

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

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 8^a ed. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2000.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

OLIVEIRA, Douglas Henrique de. Do direito à saúde da criança por meio dos cuidados à mãe e à gestante segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente. **Revista Eletrônica de Direito Privado da Universidade Estadual de Londrina**, Londrina, v. 5, n. 2, p.68-89, 2010.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2011.

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

PEREIRA, Alexandre Demetrius. **Tratado de segurança e saúde ocupacional: aspectos técnicos e jurídicos**. 1^a Ed. São Paulo, SP: LTr, 2005.

PEREIRA, Maria da Conceição Maia. **VISÃO CRÍTICA DO ARTIGO 394-A DA CLT: Proibição do trabalho da gestante ou lactante em ambiente insalubre**. 2017. 94 f. Tese (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Fumec, Belo Horizonte, 2017. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/pdmd/article/view/5521>>. Acesso em: 6 set. 2018.

RENAULT, Luiz Otávio Linhares; FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara. **Eficácia horizontal fundamentais nas relações de emprego: alguma verdade**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho. São Paulo, v. 77, n. 4, out- dez. 2011.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Consolidação das leis do trabalho: comentada.** 48. ed. atual., rev. e ampl. por José Eduardo Duarte Saad e Ana Maria Saad Castello Branco. São Paulo: LTr, 2015.

SALIBA, Tuffi Messias; CORRÊA, Márcia Angelim Chaves. **Insalubridade e periculosidade: aspectos técnicos e práticos.** 10^a ed. São Paulo: Ltr, 2011.

SANTIAGO, Vanessa de Lima Marques. **Infância em situação de rua: como assegurar o direito à educação?** 2015. 101 f. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2015. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/25830/1/2015_tcc_vlmsantiago.pdf>. Acesso em: 3 nov. 2018

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 13^a ed. Porto Alegre. Ed. Livraria do Advogado, 2018.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise.** Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, n. 2, 2004.

_____. **O Supremo Tribunal Federal e o direito à vida: comentários à decisão na ADPF nº 54 sobre a interrupção da gravidez nos casos de anencefalia fetal.** Revista de Direito da Universidade de Brasília, v. 1, n. 2, p. 184-201, jul./dez. 2014.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de direito do trabalho aplicado: saúde e segurança do trabalho.** 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de direito do trabalho: a relação de emprego.** São Paulo: LTr, 2008, v. 2.

VERRI, Giovana. **A gestante exposta ao ruído: efeitos auditivos para o feto.** 35f. Monografia (especialização em audiologia clínica) – Centro de especialização de fonoaudiologia clínica, CEFAC, Porto Alegre, 1999.