XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO I

ILTON GARCIA DA COSTA

PLATON TEIXEIRA DE AZEVEDO NETO

RODRIGO GARCIA SCHWARZ

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito do trabalho e meio ambiente do trabalho I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Ilton Garcia Da Costa

Platon Teixeira de Azevedo Neto

Rodrigo Garcia Schwarz – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-782-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
ePós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br





de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO I

Apresentação

A presente publicação, concebida no marco do XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, realizado na cidade de Goiânia – GO, sob o tema "Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo", oferece ao leitor, através dos diversos trabalhos submetidos ao Grupo de Trabalho "Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho", a diversidade e a pluralidade de experiências e de conhecimentos de que se extrai, no seu conjunto, de forma crítica, o sentido e a essência do Direito do Trabalho na atualidade, especialmente frente às recentes reformas legislativas acerca da regulação do trabalho no País, ponderados as dimensões constitucionais do valor social do trabalho como reitor do desenvolvimento social e econômico, o estado das políticas de fomento do emprego e do trabalho decente no Brasil, o necessário cuidado com o meio ambiente do trabalho e o papel inclusivo do trabalho.

Os trabalhos aqui reunidos, assim, são uma valiosa amostra do que está sendo produzido, no âmbito da cultura jurídica brasileira, a respeito do Direito do Trabalho. Trata-se, portanto, de uma amostra significativa que revela, no seu conjunto, a partir de distintas vozes e distintos espaços e experiências, os rumos não só da pesquisa científica a respeito do Direito do Trabalho no Brasil, mas do próprio Direito do Trabalho enquanto ciência, ordenamento e práxis no Brasil.

Somam-se, assim, os trabalhos de Aline Mafra Giffoni Curi, Anne Harlle Lima da Silva Moraes, Camila Franco Henriques, Caroline Gomes de Mello, Douglas Luis Ferreira, Eduardo da Silva Calixto, Elve Miguel Cenci, Emerson Clairton dos Santos, Felipe Prata Mendes, Flávia Amaral Sete, Francislaine de Almeida Coimbra Strasser, Ilton Garcia da Costa, Jaqueline Maria Ryndack, Leda Maria Messias da Silva, Lucas Alves de Andrade Rocha, Luciana Leal Pena, Marcela Sandri Pires, Maria Carolina Carvalho de Almendra Freitas, Marina Garcia Valadares, Melissa Mika Kimura Paz, Milena Veloso de Linhares, Paulo Sergio Weyl Albuquerque Costa, Rafael da Silva Almeida, Rafaela Mariane de Nicola Pagliotto, Raimunda Regina Ferreira Barros, Ricardo José Leite de Sousa, Roberta Grisolia Cavalcante, Rodrigo Garcia Schwarz, Suzy Elizabeth Cavalcante Koury e Vantoir Alberti em torno dessas discussões, fundadas na perspectiva das dimensões materiais e eficaciais do direito fundamental ao trabalho decente, assim compreendido o trabalho exercido em condições compatíveis com a dignidade humana, e, portanto, da concretização do Direito do Trabalho e do trabalho decente como pressupostos de um desenvolvimento inclusivo.

Neste Grupo de Trabalho, foram apresentados dezesseis trabalhos: A construção da cidadania a partir do reconhecimento dos direitos dos trabalhadores: uma análise do trabalho na mineração no Brasil; A flexibilização das normas trabalhistas: (in)constitucionalidade?; A invisibilidade do meio ambiente do trabalho do peconheiro na cadeia de valor do açaí; A pessoa com deficiência e sua inserção no mercado de trabalho brasileiro: marcos normativos e ações afirmativas; A possibilidade da terceirização da atividade-fim: aspectos e impactos nos trabalhadores; A transferência de trabalhadores para o exterior e a lacuna legislativa: contratação por pessoa física; Desconstrução da ideologia do trabalho: reflexão necessária sobre a reforma trabalhista; Direito fundamental à isonomia salarial: igualdade de tratamento entre os empregados terceirizados internos e os empregados diretos da tomadora dos serviços; Impactos da reforma trabalhista no trabalho da mulher: compatibilização dos artigos 372, 384, 394-a e 396 com o direito à inviolabilidade da vida e a dignidade humana; O compliance como estratégia empresarial para garantia de um meio ambiente de trabalho equilibrado; O controle estatal da saúde do trabalhador após o terror psicológico causado com o advento da reforma trabalhista; O negociado sobre o legislado no cenário sindical brasileiro contemporâneo; O princípio da ajenidad e o teletrabalho; Perspectivas constitucionais e econômicas da busca pelo pleno emprego e a valorização do trabalho humano por meio de políticas públicas; Reflexões sobre a onerosidade e a natureza jurídica da contraprestação financeira paga em razão do pacto de não concorrência; Um olhar contemporâneo do trabalho escravo: a dignidade da pessoa humana, conquistas e desafios no combate.

Nesses trabalhos, são tratadas distintas questões de crescente complexidade e de crescente relevância para o próprio delineamento dos campos de ação e das possibilidades do Direito do Trabalho da atualidade, dos seus marcos constitucionais, das políticas e do papel do trabalho decente no desenvolvimento inclusivo: dos direitos e princípios fundamentais no trabalho à eliminação do trabalho forçado e à promoção da igualdade de condições e de oportunidades no trabalho, envolvendo coletivos tradicionalmente subincluídos nos mundos do trabalho, às questões do meio ambiente do trabalho, da negociação coletiva e da liberdade sindical, da responsabilidade social corporativa e dos novos horizontes do Direito do Trabalho em tempos de crises, com a abordagem das novas morfologias das relações de trabalho, dos processos de desregulamentação do trabalho e de precarização e flexibilização do Direito do Trabalho - sobretudo a partir, no Brasil, da recente Lei nº 13.467, de 2017 -, das novas tecnologias e de seus impactos sobre os mundos do trabalho e das novas formas de inclusão e exclusão nos mundos do trabalho, com ênfase para os mecanismos de aplicação e de promoção do Direito do Trabalho e para os novos arranjos de proteção do trabalho, reafirmando-se a fundamentalidade do Direito do Trabalho.

Daí a especial significação desse conjunto de trabalhos, que fornece ao leitor, contribuindo com diagnósticos e perspectivas para um Brasil justo, orientado para um desenvolvimento inclusivo, uma considerável amostra do que vem sendo o agir e o pensar no âmbito do Direito do Trabalho brasileiro.

Parabéns às/aos autoras/es pela importante contribuição.

Ao leitor, desejamos uma proveitosa leitura.

Os coordenadores,

Prof. Dr. Platon Teixeira de Azevedo Neto – UFMG

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa – UENP

Prof. Dr. Rodrigo Garcia Schwarz – UNIFIEO

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

IMPACTOS DA REFORMA TRABALHISTA NO TRABALHO DA MULHER: COMPATIBILIZAÇÃO DOS ARTIGOS 372, 384, 394-A E 396 COM O DIREITO À INVIOLABILIDADE DA VIDA E A DIGNIDADE HUMANA

IMPACTS OF LABOR REFORM IN WOMEN'S WORK: COMPATIBILIZATION OF THE ARTICLES 372, 384, 394-A E 396 WITH THE RIGHT TO THE INVIOLABILITY OF LIFE AND HUMAN DIGNITY

Camila Franco Henriques [1]
Roberta Grisolia Cavalcante [2]

Resumo

O presente trabalho tem como tema a Reforma Trabalhista feita no Brasil a partir da Lei nº 13.467/2017 e seus impactos no trabalho de mulheres. Tem como objetivo analisar se as mudanças no Capítulo de Proteção à Mulher nos artigos 372, 384, 394-A e 396, dando ênfase na questão das gestantes e lactantes, se compatibilizam com direito à inviolabilidade da vida e o princípio da dignidade humana, previstos na Constituição Federal de 1988, utilizando revisão bibliográfica. Os resultados demonstraram que a única alteração inconstitucional é a do artigo 394-A.

Palavras-chave: Lei nº 13.467/2017, Proteção à mulher, Gestantes e lactantes, Direito à inviolabilidade da vida, Princípio da dignidade humana

Abstract/Resumen/Résumé

The present work has as its theme the Labor Reform made in Brazil from Law No. 13,467 /2017 and its impacts on the women's work. Its purpose is to analyze whether the changes in the Chapter on Protection of Women in Articles 372, 384, 394-A and 396, emphasizing the issue of pregnant women and nursing mothers, are compatible with the right to inviolability of life and the principle of human dignity, foreseen in the Federal Constitution of 1988, using bibliographical revision. The results have shown that the only unconstitutional change is of Article 394-A.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Law no. 13,467 / 2017, Protection of women, Pregnant women and nursing mothers, Right to inviolability of life, Principle of human dignity

[1] Graduada em Direito pelo CESUPA. Advogada. Especialista em Direito Constitucional pela Estácio/CERS. Mestre em Direito com ênfase em Direitos Humanos pela UFPA. Doutoranda em Direito na Universidade de Lisboa.

[2] Graduada em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará. Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pelo Centro Universitário do Pará. Advogada.

INTRODUÇÃO

No Brasil, em 2017, houve um significativo conjunto de alterações legislativas no ramo do Direito do Trabalho, que tem gerado impactos na vida de milhões de pessoas. Diante disso, o presente trabalho se propõe a analisar algumas mudanças ocorridas na legislação trabalhista acerca da mulher, em especial as gestantes e lactantes. Tratam-se das modificações criadas a partir da publicação da Lei nº 13.467, que se denomina Lei da Reforma Trabalhista.

Desde logo, aponta-se que apesar de não ser mais válida, serão realizadas breves explanações a respeito da Medida Provisória nº 808, também chamada de reforma da reforma, pois ela produziu efeitos jurídicos enquanto da sua vigência, entre 14/11/2017 e 22/04/2018. Além disso, se analisará se a sua invalidação foi ou não benéfica ao atual sistema jurídico trabalhista.

Este trabalho se justifica pela necessidade de compreender os efeitos da Reforma Trabalhista em relação à mulher, e busca responder a seguinte pergunta: as alterações legais trazidas pela Reforma Trabalhista nos artigos 372, 384, 394-A e 396 são constitucionais?

Tem como objetivo analisar se as mudanças efetivadas pelo legislador reformista, especificamente algumas feitas no capítulo destinado ao trabalho da mulher, se coadunam com o direito à inviolabilidade da vida e o princípio da dignidade da pessoa humana previstos na Constituição Federal de 1988.

Para tanto, o primeiro olhar a ser lançado sobre a pesquisa foi pautado no contexto histórico de lutas sociais de igualdade entre homens e mulheres. Contexto no qual, tímida e paulatinamente, a mulher, que passou a integrar o mercado de trabalho, inicialmente nas fábricas e em salas de escritório, também veio a ser resguardada pela legislação.

No que tange à perspectiva jurídica desses direitos, é possível afirmar que o ponto de maior preocupação do ramo do Direito do Trabalho é em tutelar e salvaguardar os direitos dos trabalhadores no meio ambiente laboral e proteger sua integridade física, moral e psíquica. Sendo norteado no Brasil pela inviolabilidade do direito à vida e, a partir da Constituição de 1988, pelo princípio da dignidade humana.

Neste viés, o presente trabalho será divido em duas partes: a proteção dos direitos da mulher e algumas alterações legais no que tange o trabalho da mulher a partir da Lei nº 13.467/2017.

Assim, a primeira parte tratará de uma apreciação geral dos direitos inerentes à mulher e o trabalho digno, a partir da conservação, precipuamente, de sua vida, através da elucidação

de artigos, jurisprudências e doutrinas que demonstram a obrigação de se amparar direitos das mulheres trabalhadoras.

Enquanto que no segundo tópico, será realizada uma análise direta da letra da lei, a partir do que proceder-se-á à interpretação legislativa das alterações feitas pela Lei nº 13.467/2017 e pela Medida Provisória nº 808 no Capítulo de Proteção à Mulher, tratando das supressões, revogações e modificações em 4 (quatro) artigos trazidos pela atual legislação, quais sejam 372, 384, 394-A e 396, dando ênfase na atual possibilidade de gestantes e lactantes virem a trabalhar em locais insalubres. Será apresentada também a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5938, que contesta os incisos II e III do art. 394-A da CLT.

A pesquisa será́ qualitativa dialética, pautada em fontes bibliográficas e jurisprudenciais. Para cumprir tal finalidade, serão utilizadas fontes de informação como livros, artigos, legislação, consultas em sites oficiais do governo, como o do Tribunal Superior do Trabalho - TST. O estudo está delineado no campo jurídico, pois se debruça sobre a análise de alterações legais no campo do Direito Trabalho a partir da Reforma Trabalhista de 2017.

Para concluir a pesquisa e atingir o objetivo ora proposto, nas considerações finais, far-se-á́ uma análise da compatibilização das alterações legislativas selecionadas da Reforma Trabalhista no que tange à mulher, em especial as gestantes e lactantes, com a lógica constitucional brasileira a partir do direito à inviolabilidade da vida e do princípio da dignidade humana.

1 DIREITOS DA MULHER NO TRABALHO: DIREITO À IGUALDADE, DIREITO À VIDA E DIGNIDADE HUMANA.

A desigualdade entre homens e mulheres é um dado que independe de comprovação científica diante da experiência social. Guerra (2013) aponta que as mulheres configuram vítimas substanciais de violência no curso da história, consideradas inclusive como propriedade do homem em diversos lugares do mundo.

A socialização do biológico e biologização do social ao longo da história, fazem com que se perca de vista o que é causa e o que é efeito, culminando na justificação de padrões sociais arbitrários pelo viés biológico (BOURDIEU, 2010). Assim, no curso da história as mulheres foram designadas a estarem em casa para os afazeres domésticos e criação dos filhos, enquanto que aos homens foi dado o papel de provedor econômico da família.

Essa divisão de papeis e condutas sociais, apesar das significativas transformações ocorridas em especial ao longo dos últimos 100 anos, continua a gerar desigualdade nas relações sociais atuais, e tal premissa não deixou de ser evidenciada no meio ambiente do trabalho, justamente no que toca aos direitos das mulheres. Pelo o que se observa-se que a figura da mulher no mercado de trabalho ainda é sensivelmente absorta por violações de cunho jurídico e moral, eis que marcada por violências e preconceitos de inúmeras espécies, decorrentes da perpetuação de padrões sociais e culturais.

Pereira (2005) afirma que após um longo período de reivindicação de direitos por parte das mulheres, houve significativos progressos nas esferas social e política, tendo as mulheres ocupado lugares antes tidos exclusivamente para o sexo masculino. Neste viés, Guerra (2013) ressalta que com a atual visão jurídica, muitos Estados têm trabalhado no desenvolvimento de legislações nacionais para o fortalecimento de proteção da mulher. É por tal razão que, ao deturpar ou inviabilizar direitos das mulheres, ocasiona-se grande instabilidade na população, pois o passado remete uma situação de desigualdade que, além de socialmente censurada, é inconstitucional.

Neste sentido, passa-se à análise de normas, originárias ou incorporadas, do ordenamento jurídico brasileiro acerca dos diretos da mulher, mais precisamente no caráter de igualdade e de proteção à vida destas.

> 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 (...).

O artigo 5º da Constituição Federal de 1988 em seu *caput* preceitua a igualdade formal entre todos os indivíduos que se encontrem sobre a jurisdição brasileira. Além de reconhecer direitos essenciais para a convivência social num Estado Democrático de Direito, quais sejam: vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada pela Resolução nº 217-A, da Assembleia Geral das Nações Unidas, na data de 10 de dezembro de 1948, dispõe em seu artigo 1º "Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade" e em seu 3º que "toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal".

O Pacto São José da Costa Rica, por sua vez, ou Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, no artigo 4º, 1, estabelece que "toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida, esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente" (PIOVESAN; FREITAS, 2018) e em seu

artigo 24 que “Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei”.

Existe, ainda, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, que ingressa na legislação brasileira sob o decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002, que em seu preâmbulo ressalta a preocupação pelo fato das mulheres continuarem a ser objeto de significativas discriminações mesmo o diversos instrumentos para a sua proteção e promoção de igualdade, e ratifica que “discriminação contra as mulheres viola os princípios da igualdade de direitos e do respeito da dignidade humana” (ONU, 1979). Traz diversos preceitos, dentre os quais, pode-se citar o conceito de discriminação contra a mulher; a obrigatoriedade dos Estados adotarem medidas nas esferas legislativa, social, cultural, política e econômica, para assegurar o desenvolvimento e progresso da mulher; e adotar medidas para assegurar a condição de igualdade da mulher com o homem nas mais diversas áreas como educação, trabalho, participação na esfera pública, manutenção da nacionalidade, entre outros.

Nota-se, então, que, desde a internacionalização dos Direitos Humanos, em 1948, com o advento e promulgação das legislações internacionais, buscou-se consagrar e resguardar direitos essenciais ao pleno convívio em sociedade, observando, em um primeiro momento, que todos são iguais e ninguém pode ser privado arbitrariamente da vida.

Ao tratar do direito à igualdade, normalmente se remete ao tratamento desigual por uma questão de discriminação direta, como o caso de desigualdade salarial para o exercício de uma mesma função, que apesar se ser ilegal e inconstitucional, ainda existe. Lopes (2010) cita o caso de uma empresa que pagava uma comissão maior para os vendedores do sexo masculino, e nesse caso a discriminação e a desigualdade são claras, por isso é denominada de discriminação direta. Na discriminação direta, então, existe a intenção de discriminar (BRAGATO; ADAMATTI, 2014).

Contudo, existe o fenômeno da discriminação indireta, que é mais difícil de verificar, mas é tão danosa e possui os mesmos efeitos de desigualdade que a discriminação direta. A discriminação indireta ocorre quando um ato parece ser neutro, no sentido de não discriminar, mas possui efeitos que causam ou reforçam a discriminação da parcela afetada (BRAGATO; ADAMATTI, 2014). A discriminação indireta pode ser verificada a partir da disparidade estatística tida a partir da análise de questões como salário, oportunidade, admissão e ascensão funcional, dentro de uma mesma localidade, e, caso haja uma distância entre grupos acerca desses fatores, é possível afirmar a existência de ao menos uma presunção de discriminação (LOPES, 2010). Neste viés, importa destacar que

> O fundamento da proibição da discriminação indireta insere-se, portanto, em um debate mais amplo que remete à compreensão da realidade social, política, histórica, cultural e econômica de determinada sociedade. Isso porque medidas, ações e leis que tem como efeito a discriminação indireta, via de regra, seguem o princípio da igualdade formal, que determina que a lei trate a todos de forma igual. Porém, desconsideram que, ao fazê-lo, atuam para reforçar situações condenáveis, mesmo que não intencionais, de desigualdade e de preconceito que resultam na privação de direitos a indivíduos e grupos que não fazem parte da parcela dominante da sociedade. (BRAGATO; ADAMATTI, 2014, p. 98)

Diante do exposto, importa ter em mente, ao analisar uma lei ou conduta, que o tratamento desigual, ou discriminação, pode se dar de forma direta ou indireta, pelo o que o observador deve ter o conhecimento do contexto social ao qual aquele ato se insere, a ponto de compreender se este ato é capaz de reproduzir padrões de discriminação de parcelas vulneráveis.

O princípio da inviolabilidade do direito à vida, por sua vez, por tratar de diretriz maior e pressuposto para o exercício dos demais direito, é consagrado em todos os campos jurídicos. Neste viés, ressalta-se que a vida não pode

> em suas diversas dimensões, ser ofendida ou ultrajada. Nesta linha, é diretriz especificadora, na verdade, de princípio mais amplo, também de estatura constitucional, o da dignidade do ser humano. Importa o princípio, é claro, na inviolabilidade *física* da pessoa, o que abrange a proteção contra malefícios naturais ou artificiais que sejam injustamente impingidos à sua saúde. O princípio importa também na inviolabilidade *moral* do indivíduo, por ser esta dimensão componente inseparável da plenitude da vida humana. É bem verdade que a afronta à inviolabilidade física afeta também a inviolabilidade moral da pessoa humana, uma vez que o corpo do indivíduo e sua higidez são estuários de realização da vida humana em todas as suas dimensões. Na dimensão moral, engloba-se também parte significativa da dimensão física do ser humano, até mesmo porque a destruição física do corpo projeta angustiantes malefícios ao plano psicológico da mesma pessoa natural. (DELGADO, 2017, p. 50)

Verifica-se, assim, que a vida é direito inviolável, em quaisquer de suas dimensões, e por isso, qualquer ato, comissivo ou omissivo, que atente contra esse direito, incorre em grave violação, de todos as normas já expressas.

A dignidade da pessoa humana, por sua vez, é um princípio polissêmico e de alta carga valorativa que representa atualmente um dos fundamentos do Estado Democrático brasileiro, estando previsto no artigo 1º, III da Constituição Federal de 1988. Possui um núcleo essencial e intangível e outra parte variável, que se adequa ao desenvolvimento da sociedade na qual está inserido. De acordo com o contexto da sociedade brasileira e toda influência Kantiana que este princípio possui, pode-se defini-lo como um atributo intrínseco ao ser humano que determina que cada sujeito é um fim em si mesmo, e exerce ao mesmo tempo o papel de direito e dever

numa perspectiva intersubjetiva, o que gera um contexto de igualdade com os outros indivíduos e propicia um contexto de dignidade individual e uma vida social saudável e equilibrado (HENRIQUES, 2018a).

Possibilitar ao legislador a modificação de leis ou parte delas a ponto de destituir direitos de caráter fundamental, traduz afronta ao Estado Democrático Direito. E instigar ou concretizar a degradação de direitos já plenamente instituídos na legislação pátria, fere o princípio da vedação ao retrocesso social. Neste sentido,

> Propugna essa diretriz que a ordem jurídica se encontra obstada a criar ou ratificar normas e institutos que concretizem ou instiguem a piora ou degradação do patamar civilizatório atingido, em certo momento histórico, pelas condições sociais caracterizadoras de certa sociedade e Estado. Pelo princípio, em síntese, proíbe-se a criação ou ratificação de normas jurídicas que propiciem o retrocesso social em determinada sociedade civil e sociedade política. (DELGADO, 2017, p. 97)

O princípio da proibição do retrocesso social funciona como uma limitação ao legislador ordinário para "revogar ou restringir benefício ligados a direitos sociais protegidos na Constituição, que só pode ser feita por meio de proporcional justificativa e com a concessão de medidas compensatórias" (SCHIER, 2016, p. 206). Assim, esse princípio tutela os direitos fundamentais vigentes em um ordenamento jurídico, só sendo possível uma alteração legislativa nesse sentido, quando são fornecidas medidas compensatórias. Este princípio, então, norteia e limita as ações do Estado e se traduz como um direito do cidadão (HENRIQUES, 2018b).

Diante do que foi exposto, é possível inferir que alterações legislativas que possibilitam práticas que atentem contra a vida humana, a igualdade e a dignidade são ilegais, inconvencionais e inconstitucionais. E, é com base na preocupação da tutela destes valores no ambiente de trabalho que a problemática deste artigo está pautada. Pelo o que se passa para a análise do próximo tópico com o estudo das alterações legislativas apresentadas pela Reforma Trabalhista acerca do direito das mulheres, especificamente das gestantes e lactantes e da possibilidade dessas empregadas trabalharem em locais insalubres.

2 AS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS TRAZIDAS PELA REFORMA TRABALHISTA NO TOCANTE ÀS MULHERES GESTANTES E LACTANTES

A Reforma Trabalhista foi instituída em 11 de novembro de 2017 pela Lei nº 13.467/2017 e criada com o objetivo de alterar o cenário legislativo trabalhista até então

vigente. Além da criação da lei da reforma, houve também a promulgação da Medida Provisória nº 808, instituída no dia 14 de novembro de 2017, que visava realizar modificações ao texto da reforma, e ficou conhecida como a reforma da reforma.

No entanto, esta Medida Provisória já não está mais em vigor, eis que perdeu sua validade em 23 de abril de 2018. Assim, os dispositivos alterados por esta norma voltaram a primeira versão da nova regulamentação, e atualmente as leis trabalhistas são regulamentadas pela CLT e pelas disposições da Lei nº 13.467/2017, em sua redação original.

Adentrando no objeto de análise deste tópico, primeiramente, serão estudados os dispositivos revogados e modificados pela Lei nº 13.467/ 2017 no que tange ao Capítulo de Proteção à Mulher e ao seu trabalho. Quatro foram as alterações na antiga CLT: revogação do parágrafo único do artigo 372; revogação do artigo 384; nova redação ao artigo 394-A, com adição de novos incisos e parágrafos e, também, a inserção do parágrafo 2º ao artigo 396.

Apenas para fins didáticos, inicialmente serão analisados brevemente os três artigos revogados ou modificados pela Lei nº 13.467/2017, os quais não foram interpretados pela MP nº 808. São eles: revogação do parágrafo único do artigo 372, a revogação do artigo 384 e a inserção do parágrafo 2º ao artigo 396. Posteriormente, passar-se-á ao comento do artigo 394-A da CLT, artigo que veio a ser modicado pela reforma trabalhista com maior profundidade.

No que diz respeito à revogação do parágrafo único do artigo 372 da CLT, a mudança legislativa veio no sentido de: conceder, legalmente, igualdade de direito entre homens e mulheres no labor. Isto porque o parágrafo revogado corroborava em manifesta desproteção à mesma, tendo a seguinte disposição:

> Art. 372. Os preceitos que regulam o trabalho masculino são aplicáveis ao trabalho feminino, naquilo em que não colidirem com a proteção especial instituída por este Capítulo.
> **Parágrafo único: Não é regido pelos dispositivos a que se refere este artigo o trabalho nas oficinas em que sirvam exclusivamente pessoas da família da mulher e esteja esta sob a direção do esposo, do pai, da mãe, do tutor ou do filho.** (grifo nosso)

O primeiro ponto a ser observado neste artigo é a parte final do *caput*, na qual se estipula a igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que não colidir com a proteção especial dada às mulheres por este capítulo. Neste viés, vale observar que dentre os objetivos dessa proteção especial está a perquirição de igualdade ente homens e mulheres no ambiente de trabalho, que, diante da desigualdade estrutural derivada de um contexto histórico, social e cultural, possibilita o estabelecimento de regras diferenciadas para reduzir essa desigualdade.

Quanto ao parágrafo único do artigo 372 da CLT, observa-se que ele era incompatível com a lógica sistemática da atual Constituição Federal de 1988, uma vez que esta preceitua o

caráter igualitário entre homens e mulheres, sem distinção, inclusive no que toca ao âmbito trabalhista (DELGADO E DELGADO, 2017). Desta monta, ao especificar que, nas relações laborais familiares em oficinas, a mulher deixa de ser protegida pelos dispositivos contidos no artigo, há uma clara disparidade da lógica hermenêutica e teleológica do ordenamento jurídico.

O artigo 384 da CLT, por sua vez, também revogado pela Reforma Trabalhista, dispunha que:

> Art. 384. Em caso de prorrogação do horário normal, será obrigatório um descanso de quinze (15) minutos no mínimo, antes do início do período extraordinário do trabalho.

Especificamente neste caso, o que houve foi a retirada de uma "vantagem" conferida à mulher trabalhadora pela ordem jurídica, que dizia respeito a um intervalo de 15 minutos antes do início uma jornada de sobrelabor. Sobre esta alteração, observa-se que

> As vantagens jurídicas adicionais atribuídas à mulher, pelo Direito – inclusive o Direito do Trabalho – são, conforme visto, sufragadas pela Constituição da República. Esta se voltou, como se sabe, para a eliminação da discriminação milenar arquitetada contra as mulheres na sociedade histórica, não só mediante a proibição de tratamento diferenciado com relação aos homens, como também pela *agregação de vantagens adicionais específicas, fundadas em peculiaridades consideradas relevantes no que tange as razões biológicas e/ou sociológicas da mulher*. A retirada de direitos das mulheres, portanto, é conduta legislativa contrária ao espírito constitucional de 1988, uma incompreensão a respeito da sociedade livre, justa e solidária que a Constituição da República quer ver instaurada no País. Ademais, o argumento pragmático, concernente à dificuldade prática, que eventualmente pode envolver o cumprimento do intervalo do art. 384 da CLT, foi resolvido pela própria CLT que, em seu art. 71, parágrafo 4º, determina o pagamento do respectivo período do intervalo não observado no plano concreto da relação de trabalho. (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 148).

O ponto de partida para a análise da real necessidade de revogação do artigo supracitado encontra parâmetros na sociedade capitalista, que configura a realidade econômica brasileira, e na Carta Magna vez que, desde o ano de 1988, a preocupação do constituinte originário era a de delimitar padrões de igualdade entre homens e mulheres.

Neste sentido, ao passo em que a concessão do direito ao intervalo de 15 minutos antes da realização de jornada extraordinária, em tese, fosse considerada como uma medida benéfica à mulher, ao realizar uma análise mais aprofundada sobre o tema, verifica-se outra realidade.

Isso porque o empregador, inserido na lógica capitalista, sempre se atenta ao que lhe gera mais lucro. Então, se o padrão capitalista brasileiro tem como premissa que "tempo é dinheiro", a concessão do intervalo à mulher desenvolveria um prejuízo no dono do negócio em comparação ao serviço prestado por homens, tendo em vista que obrigatoriamente teria que aplicar esta norma e esperar o intervalo cessar para iniciar a jornada extraordinária.

Assim, ao se dar conta de que a mão-de-obra masculina não o obrigaria à concessão do intervalo, o empregador encontraria a solução para a questão contratando apenas homens, justamente pelo fato de que não precisar conceder intervalo para iniciar a jornada extraordinária, gerando uma discriminação indireta em relação à mulher.

Portanto, o artigo 384 da CLT, hoje revogado, muito embora tenha sido criado com o objetivo de beneficiar a mulher no trabalho, surtiu efeito contrário, ao gerar consequências discriminatórias no que tange a contratação de homens e mulheres para trabalhos com possibilidade de prestação de serviços em caráter extraordinário, fazendo com que os empregadores tivessem predileção em contratar homens.

Ainda sobre o assunto, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho se manifesta no sentido deste artigo ser inconstitucional, tendo em vista que o artigo 5º da Constituição Federal de 1988 preceitua que todos são iguais perante a lei, não sendo aplicável uma lei que gerasse tratamento discriminatório somente pela questão do sexo, sem ter uma justificativa biológica para tal, conforme se depreende da seguinte ementa:

> *RECURSO DE REVISTA. EMPREGADA BANCÁRIA. CONSTITUCIONALIDADE DO* ART. 384 DA CLT. ART. 5º, I, DA CF. *IGUALDADE ENTRE HOMENS E MULHERES.* O art. 384 da CLT contempla a concessão de quinze minutos de intervalo à mulher, no caso de prorrogação da jornada, antes de iniciar o trabalho extraordinário. O tratamento especial, previsto na legislação infraconstitucional não foi recepcionado pela Constituição Federal ao consagrar no inciso I do art. 5º, que homens e mulheres "são iguais em direitos e obrigações". Tal dispositivo apenas viabiliza de direitos diferenciados quando, efetivamente, houver necessidade da distinção, que apenas se viabiliza em razão de ordem biológica, não podendo ser admitida a diferenciação apenas em razão do sexo, sob pena de se estimular discriminação no trabalho entre iguais. Recurso de revista conhecido e provido**.** (TST, 2015, *online)*

Sobre a alteração deste artigo, então, verificam-se dois posicionamentos opostos sobre a (in)constitucionalidade da sua revogação. Este trabalho, concorda com a linha defendida pelo Tribunal Superior do Trabalho, tendo em vista que não se verifica nenhuma razão justificável para que haja essa diferença de tratamento. Ressalta-se, porém, que a lógica dos direitos diferenciados serem viabilizados somente em razão de ordem biológica deve ser vista com extrema cautela, pois o contexto histórico, social, cultural, econômico, jurídico e político de desigualdade entre homens e mulheres enseja a adoção de medidas de discriminação positiva para que se alcança uma efetiva igualdade.

Agora no que tange a criação do §2º ao artigo 396 da CLT pela reforma trabalhista, indica-se que essa inserção alterou o parágrafo único da antiga redação em parágrafo 1º e adicionou o parágrafo 2º ao referido artigo e o atual texto deste artigo é:

> Art. 396. Para amamentar seu filho, inclusive se advindo de adoção, até que este complete 6 (seis) meses de idade, a mulher terá direito, durante a jornada de trabalho, a 2 (dois) descansos especiais de meia hora cada um. (Redação dada pela Lei nº 13.509, de 2017)
> § 1º Quando o exigir a saúde do filho, o período de 6 (seis) meses poderá ser dilatado, a critério da autoridade competente. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)
> § 2º Os horários dos descansos previstos no **caput** deste artigo deverão ser definidos em acordo individual entre a mulher e o empregador. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (grifo nosso)

A alteração feita neste artigo é de fácil compreensão e se refere à condição já adotada no contrato individual de trabalho antes mesmo de a legislação ser modificada. No caso de mulheres lactantes, estas terão direito a dois intervalos especiais para descanso de meia hora durante a jornada de trabalho, até que seu filho complete seis meses de vida e, a partir do novo parágrafo inserido, tais horários serão definidos dentro do contrato de trabalho. Assim, empregada e empregador escolherão, do modo que melhor lhes aprouver, quais horários efetivamente os intervalos serão gozados. Trata-se de medida que traz maior comodidade a ambas as partes, satisfazendo as necessidades tanto da lactante quanto de seu empregador.

Tendo finalizado o estudo dos três primeiros artigos propostos, passa-se à análise do artigo que mais causou polêmicas, divergências e apontamentos dentro do Capítulo de Proteção à Mulher e, ao qual, o presente artigo se debruçará com maior afinco, o artigo 394-A da CLT.

Diferentemente dos três artigos analisados anteriormente, que sofreram modificações apenas com a Lei nº 13.467/17, o artigo que ora se apresentará sofreu também alteração posterior à lei, e isto ocorreu através da publicação da MP nº 808, hoje não mais vigente.

A alteração trazida neste dispositivo pela Reforma Trabalhista menciona a possibilidade de permitir que gestantes e lactantes trabalhem em locais considerados insalubres e, implicitamente, as consequências que isto pode vir a causar na obreira, no feto e no recém nascido.

Esta foi uma das mudanças que mais causou insegurança, sendo que antes das modificações reformistas que se está analisando, o texto da CLT era claro e taxativo ao considerar que gestantes e lactantes deveriam ser afastadas de locais insalubres, independentemente do grau de insalubridade local. Por uma medida preventiva de segurança e medicina do trabalho, as obreiras que estivessem nestas condições seriam obrigatoriamente afastadas e realocadas para trabalhar em local salubre, dentro do território empresarial, enquanto perdurasse a gravidez e a amamentação. O texto original do artigo 394-A da CLT, antes da reforma:

> 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.

A reforma trabalhista alterou significamente este artigo, alterando o caput do antigo artigo 394-A, e inserindo os incisos I, II e III, assim como os parágrafos §§2º e 3º, tendo sido o parágrafo 1º vetado pela Presidência da República. Assim, a nova redação dada pela Lei nº 13.467 preceitua

> 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 .....
> § 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. (grifo nosso)

O primeiro ponto passível de nota é que o texto reformador tratou de forma diversa o que antes era interpretado em conjunto, destinando tratamento diferenciado à condição das gestantes e das lactantes, enquanto que antes às duas condições era conferido o mesmo tratamento. Como a nova redação deu um tratamento diferenciado, importa indicar que os comentários que serão realizados a partir de então, levarão em consideração a situação jurídica a ser vivenciada pela empregada gestante e, posteriormente, pela empregada lactante.

Como se depreende da nova redação dada ao artigo 394-A, inciso I, da CLT, a obrigatoriedade de afastamento automático da gestante em local insalubre passou a ser restringida apenas aos ambientes com grau de insalubridade máximo, situação que não ocorria antes da Reforma Trabalhista, eis que a gestante e a lactante deveriam, obrigatória e imediatamente, serem realocadas para local de trabalho salubre, independentemente do grau de insalubridade que estivessem expostas (mínimo, médio ou máximo).

Já no caso previsto no inciso II, em se tratando de ambiente com grau de insalubridade médio ou mínimo, o afastamento da gestante não é automático, tendo em vista que isto só ocorrerá se a mesma vier a apresentar, na empresa, atestado médico que comprove que as situações vivenciadas no ambiente de trabalho prejudicam sua saúde e, consequentemente, a do bebê.

Assim, a depender do grau de insalubridade do labor exercido, medidas distintas serão tomadas, o que, desde logo, é algo que pode ensejar a desproteção à saúde da mulher, tendo em vista a simples percepção de que não é apenas a insalubridade em grau máximo que pode vir a comprometer sua vida e a do feto. Neste sentido,

> O afastamento imediato ocorre nos casos de insalubridade em grau máximo durante a gestação (art.394-A, I). Na verdade, existem poucas hipóteses de insalubridade em grau máximo. Alguém pode achar que a expressão "grau máximo" representa um gesto nobre por parte da reforma de 2017, ao tentar proteger as mulheres grávidas dos maiores perigos. Mas no campo da higiene ocupacional, nada é o que parece. Ao longo dos 14 anexos da NR 15, somente existe o grau máximo no contato com alguns agentes químicos e com agentes biológicos em risco exacerbado, como centros cirúrgicos, limpeza de bueiros e trabalho em necrotérios. Há, também, grau máximo no contato com radiação ionizante (cancerígena) e com as pressões elevadas para os trabalhadores submersos. No mais, a maioria dos anexos lida com o grau médio, a saber, os ruídos excessivos, os ruídos de impacto, a exposição ao calor e ao frio elevados, radiações não ionizantes, vibrações, umidade e boa parte dos elementos químicos e dos agentes biológicos. Logo, vista a questão do ponto de vista numérico, a maioria das gestantes empregadas se encontram em ambientes de grau médio de insalubridade e não no grau máximo. Talvez o caso mais preocupante seja o das gestantes empregadas em centros cirúrgicos, terapias intensivas e salas de radiografia – profissões com boa aceitação da mão de obra feminina. (SILVA, 2017, p.41).

O comentário pontual do doutrinador nos leva à reflexão sobre se realmente existirá verdadeira utilidade, em termos práticos, do inciso I do artigo 394-A, uma vez que, como se pode depreender do enunciado contido na NR 15, efetivamente pouquíssimas ocasiões serão amparadas por tal inciso.

Assim, a grande dúvida que paira, em termos de interpretação lógica, é de que, se a maioria dos casos não são taxados como de insalubridade em grau máximo (única hipótese que ensejaria, de pronto, o afastamento da gestante), tem-se que a grande maioria necessitaria da indicação do médico para o afastamento do labor em ambientes insalubres.

A partir desta premissa, é grande a confusão causada pelo legislador reformista que, em um primeiro momento, suprimiu da mulher direito inerente à inviolabilidade de sua vida e dignidade e, em segundo plano, ainda lhe dará o trabalho de buscar provar que um ambiente insalubre não fornece as condições apropriadas para o desenvolvimento da gestação. Neste viés, fica claro o prejuízo e o tumulto que a mudança ao texto trabalhista causará à vida das trabalhadoras.

Lima (2017) se posiciona no sentido de que este novo regramento atinge a saúde da gestante e da lactante e defende que o seu afastamento de ambientes insalubres de trabalho, em

qualquer grau, deveria ser imediato e obrigatório, enquanto essa condição se mantiver, devendo haver a realocação dessa trabalhadora para um ambiente salubre de trabalho.

Já no que toca ao trabalho em condições insalubres da trabalhadora lactante, não há, de acordo com o texto da reforma, nenhuma situação fática que enseje o afastamento automático da mulher (artigo 394-A, inciso III, da CLT), uma vez que, em qualquer grau de insalubridade, para que esta seja afastada, será necessária a comprovação por atestado médico de saúde que as condições de trabalho expõem sua saúde e a do bebê.

O grande problema que paira sobre o tema reside justamente nesta necessidade de comprovação, pelo profissional da área médica, de que a mulher precisa ser afastada do local de trabalho, para que o benefício lhe seja concedido, colocando-se nas mãos de médicos a escolha do tratamento legal que será destinado à gestante ou lactante. Adiciona-se a isso a realidade social de um país onde a maior parte da classe que trabalha sob esse regimento tem acesso precário à saúde e difícil acesso à médicos.

Importa salientar que esta colocação não tem o viés de tecer críticas ao trabalho destes profissionais, primeiramente porque não é tema a ser abordado por este trabalha, mas principalmente pela ausência de conhecimento técnico para poder fazê-lo. Mas é sabido que o homem é falho, e qualquer indivíduo está sujeito a erros, e que apesar de possuírem a intenção de salvaguardar a vida da mãe e do bebê, em inúmeras ocasiões podem vir a não compreender os efeitos específicos que o ambiente de trabalho insalubre pode causar no corpo e no psicológico da mulher. Afinal, não se tratam de peritos trabalhistas com certificado em segurança e medicina do trabalho, cujos possuem conhecimentos específicos sobre a questão.

Além disso, coloca-se aqui também a possibilidade de maus empregadores que, para ludibriar a lei com o intuito de não conceder o afastamento das empregadas mulheres, forjem laudos periciais indicando que não há insalubridade máxima no ambiente de trabalho, o que geraria, automaticamente, a necessidade de comprovação de afastamento pelo médico dela, que pode ser impossível pela falta de conhecimento técnico para a questão.

Não só a gestação gera impactos profundos na formação e crescimento da criança, mas também que a fase de amamentação é de suma importância, já que, nos primeiros seis meses de vida, relativizando-se as ocasiões excepcionais, a indicação é de que o bebê obtenha seus nutrientes apenas do aleitamento materno para o seu desenvolvimento.

Mas com as mães trabalhando em locais insalubres, existe a maior possibilidade de contaminação por um agente externo, ou que este trabalho gere impactos no corpo e mente da mulher lactante, que possa prejudicar o desenvolvimento e até a vida da criança. Pairam ainda dúvidas sobre o que fazer e sobre quem recairia a responsabilização nesse caso.

Diante desse contexto e da inquietação social gerada, o governo brasileiro modificou substancialmente este artigo através da Medida Provisória nº 808. Publicada no dia 14.11.2017, a Medida Provisória, adotou padrões de maior flexibilidade no que tange as gestantes e lactantes. Dispôs que a empregada gestante deveria ser afastada, enquanto durasse a gestação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres devendo ser realocada em um local salubre para prestação do trabalho, e o exercício em atividade insalubre em grau médio ou mínimo só era permitido se houvesse autorização do médico de confiança da gestante. Além disso, a empregada lactante seria afastada da atividade insalubre (em qualquer grau) quando houvesse recomendação médica.

No entanto, nota-se que o que estava inserido na Medida Provisória nº 808, visivelmente não extinguiria todos os prejuízos que poderão ser causados pela nova legislação, mas trariam um alargamento das condições de proteção às mulheres, eis que havia modificado consubstancial à redação do artigo anterior, a partir das alterações do *caput*, revogação dos três incisos e modificação do conteúdo dos parágrafos.

Primeiramente, quanto ao *caput*, a medida tinha voltado a utilizar-se de redação similar àquela que estava disposta na legislação trabalhista antes da reforma, considerando que, em todo e qualquer caso, a gestante seria afastada do ambiente de trabalho insalubre, independente do grau de insalubridade do local. No entanto, o legislador reformador suprimiu do seu contrato de trabalho o direito ao pagamento do adicional de insalubridade.

No que diz respeito ao parágrafo 2º, foi disposto que nos casos de insalubridade em grau médio e mínimo, a gestante poderia optar por trabalhar ou não em condições insalubres. Assim, ela poderia permanecer no exercício da função insalubre em grau mínimo e médio, bastaria que ela apresentasse, voluntariamente, atestado de saúde emitido por médico de sua confiança, do sistema privado ou público de saúde, que autorizasse sua permanência no exercício de suas atividades. Mas a regra seria a realocação para que prestasse serviço em condições salubres.

Este regramento foi bem recebido, eis que, em tese, seria possível que a trabalhadora viesse a escolher, dentre as opções conferidas pelo legislador, qual delas lhe seria mais benéfica. No entanto, não se observou o fato de que a temática não envolveria apenas os direitos de um sujeito, mas de dois: a mulher e o feto, pelo o que seria ideal que os médicos que se depararam com essa situação tivessem o cuidado redobrado.

Contudo, a Medida Provisória nº 808/2017 teve um breve período de vigência, tendo em vista que esta modalidade normativa deriva do poder executivo e possui vigência temporária, precisando da aprovação do Congresso Nacional para que torne sua vigência

definitiva, de acordo com o § 7º do artigo 62 da Constituição Federal de 1988. Contudo, no prazo previsto para essa aprovação, esta medida não foi submetida para a análise do Congresso, pelo o que perdeu sua validade em 23/04/2019. Importa destacar que durante o período de sua vigência, a medida produziu efeitos jurídicos, o que torna seu estudo imprescindível (PANTALEÃO, 2018; PAZ, 2018).

Com a perda da validade da Medida Provisória supracitada, o texto original da Reforma Trabalhista voltou a vigorar e é o que se encontra vigente nos dias atuais. Foi contra a normativa vigente atualmente que a Confederação Nacional do Trabalhadores Metalúrgicos questionou a constitucionalidade dos incisos II e III do artigo 394-A da CLT, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 5938, em que atua como relator o Ministro Alexandre de Moraes, conferindo rito abreviado ao posterior julgamento da ADI, eis que notória a matéria constitucional a ser resguardada.

Por meio dela, a autora contesta os respectivos incisos, sob o fundamento de que os dispositivos estimulariam o trabalho em ambientes desta espécie, eis que caberia exclusivamente às gestantes e lactantes comprovarem, através de atestados médicos, o caráter de vulnerabilidade de suas condições maternais, ainda que reconhecidamente hipossuficientes e vulneráveis na relação empregatícia. No entanto, o julgamento da ADI nº 5938 ainda não ocorreu, pelo que devemos aguardar posicionamento do STF quanto ao tema.

Finalizada a análise dos artigos escolhidos da legislação trabalhista, passa-se agora para as considerações finais sobre o trabalho, a fim de concluir se estes artigos representam uma compatibilização entre a normas vigentes e a Constituição Federal de 1988,

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As mulheres tem enfrentado ao longo dos últimos séculos uma grande luta na busca da inserção no mercado de trabalho e na efetivação de condições de igualdade com os homens. Mas apesar de existirem diversos instrumentos, nacionais e internacionais, que buscam a promoção e efetivação desta igualdade, as disparidades ainda existem, seja por discriminação direta, seja por discriminação indireta.

Na legislação trabalhista brasileira, por exemplo, existe um capítulo conferido à questão específica de proteção especial das mulheres, e sobre esta temática, foram escolhidos quatro artigos alterados pela Reforma Trabalhista de 2017, quais sejam 372, 384, 394-A e 396 para

verificar se essas alterações estão em conformidade com o direito à vida e à dignidade, previstos na Constituição Federal.

O direito à vida é uma das máximas existentes na legislação brasileira, pois é inviolável e funciona como pressuposto para o exercício dos demais direitos, assim, qualquer ato, comissivo ou omissivo, que atente contra esse direito, incorre em grave violação.

O princípio da dignidade, por sua vez, possui conceito aberto, apesar de ter um núcleo essencial, que é a do ser humano ser um fim em si mesmo, pelo o que, ele não pode ser visto como um meio para o trabalho ou para a acumulação de riqueza do empregador. Além disso, esse princípio, que funciona como direito e dever, fomenta uma situação de igualdade entre as pessoas, tendo em vista que a dignidade é característica inerente de todo ser humano, o que te como consequência uma situação de equilíbrio social.

Tendo isso em mente, parte-se para a análise das alterações legislativas dos artigos 372, 384, 394-A e 396 da CLT.

A supressão do parágrafo único do artigo 372 da CLT, se mostra uma medida condizente com a hermenêutica e interpretação teleológica da Constituição Federal de 1988, tendo em vista que a disposição previamente existente gerava uma discriminação direta para mulheres que trabalhassem em oficinas familiares, cujas não eram protegidas pelo regimento especial. Assim, a revogação deste artigo se mostra benéfica e constitucional.

A revogação do artigo 384 da CLT, que dispunha da obrigatoriedade de concessão do intervalo de 15 (quinze) minutos para as mulheres para o início da jornada extraordinária. Nesta questão, como já explicitado, segue-se a linha de entendimento de que, para este caso específico não se verifica nenhuma razão justificável para que haja essa diferença de tratamento, pelo que a revogação deste dispositivo reforça a igualdade prevista no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal.

Contudo, é imperativo destacar novamente, que se deve aplicar com extrema cautela a lógica de que os direitos diferenciados só devem ser viabilizados por questões biológicas, pois o contexto histórico, social, cultural, econômico, jurídico e político de desigualdade entre homens e mulheres enseja a adoção de medidas de discriminação positiva para que se alcança uma efetiva igualdade substantiva.

A criação do §2º ao artigo 396 da CLT, por sua vez, apenas positivou uma conduta já adotada na práxis trabalhista, que é da mulher lactante e seu empregador poderem definir os horários dos intervalos aos quais ela tem direito até o filho completar 6 meses. Assim, empregada e empregador escolherão, do modo que melhor lhes aprouver, quais horários efetivamente os intervalos serão gozados, o que irá gerar uma maior satisfação de ambas as

partes, considerando que haja uma efetiva negociação, e não apenas imposição pela parte mais forte da relação, no caso, o empregador. Assim, esta alteração legislativa se mostra dentro dos limites constitucionais.

Por fim, em relação ao artigo 394-A, que altera a legislação que previa a obrigatoriedade de alocação das empregadas gestantes e lactantes que exercessem trabalho em condições insalubres para local salubre enquanto durassem essas condições, para a regulamentação vigente que preceitua que só há obrigatoriedade de afastamento automático da gestante em local insalubre em ambientes com grau de insalubridade máximo, enquanto que para os locais de insalubridade médio e mínimo, a gestante de comprovar, por meio de atestado médico, que deve ser realocado.

Para as mulheres lactantes, nenhum grau de insalubridade enseja o afastamento automático, e assim, todas as funções exercidas, em qualquer grau de insalubridade, necessitam da comprovação pelo médico de que aquele ambiente irá trazer prejuízo para a mãe ou para a criança.

Essa regulamentação confere às gestantes e lactantes um ônus demasiado e que ignora totalmente medidas de prevenção para a saúde, integridade, vida e dignidade da mãe e do feto. Pelo a alteração deste artigo deve ser considerada inconstitucional.

Uma breve consideração deve ser feita acerca da regulamentação feita pela Medida Provisória nº 808/2017, que previa que a empregada gestante deveria ser afastada, enquanto durasse a gestação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres devendo ser realocada em um local salubre para prestação do trabalho, o exercício em atividade insalubre em grau médio ou mínimo só era permitido se houvesse autorização do médico de confiança da gestante, e a empregada lactante seria afastada da atividade insalubre (em qualquer grau) quando houvesse recomendação médica.

A partir desse texto legal, verifica-se um alargamento das condições de proteção da vida e dignidade da mulher, em comparação com a legislação vigente atualmente. Mas, apesar disso, essa norma ainda demonstra a predileção pela continuidade da prestação serviço ao invés de serem adotadas medidas preventivas que assegurem a vida, integridade e dignidade da mulher e de seu filho.

Conclui-se, assim, que as alterações legais trazidas pela Reforma Trabalhista nos artigos 372, 384 e 396 são constitucionais, enquanto que a. alteração do artigo 394-A pode causar prejuízos para a saúde da mãe e do feto, impactando diretamente na sua dignidade, pelo o que é uma mudança inconstitucional e que fere o princípio da proibição do retrocesso social.

REFERÊNCIAS

BRAGATO, Fernanda Frizzo; ADAMATTI, Bianka. **Igualdade, não discriminação e direitos humanos**: São legítimos os tratamentos diferenciados? In: Revista de Informação Legislativa. Ano 51 Número 204 out./dez. 2014. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509929/001032257.pdf?sequence=1> Acesso em: 10/04/2019.

BOURDIEU, Pierre. **A Dominação Masculina**. Tradução: Maria Helena Kuhner. 9ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010. 160 p.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26/08/2018.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de Novembro de 1992.** Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1992/decreto-678-6-novembro-1992-449028-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 25/02/2018.

BRASIL. **Decreto Nº 4.377, de 13 de Setembro de 2002**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm> Acesso em: 10/04/2019

BRASIL. **Lei 13.467, de 13 de Julho de 2017**. Consolidação das Leis Trabalhistas. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 26/08/2018.

BRASIL. **Medida Provisória nº 808, de 14 de Novembro de 2017.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm>. Acesso em: 25/02/2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. **A Reforma Trabalhista no Brasil: Com comentários à Lei nº 13.267/2017.** São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios Constitucionais do Trabalho e Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho.** 5ed. São Paulo: LTr, 2017.

FARINHA, Emília de Fátima da Silva. **A Mulher e a legislação trabalhista.** Belém: UNAMA, 2005.

GUERRA, Sidney. **Direito Humanos: Curso Elementar.** São Paulo: Saraiva, 2013.

HABERMANN, RaíraTuckmantel. **Comentários à Reforma Trabalhista.** São Paulo: Habermann Editora, 2017.

HENRIQUES, Camila Franco. **Os Conceitos de Trabalho Escravo Contemporâneo na Jurisprudência Brasileira e na Corte Interamericana de Direitos Humanos**: a busca da maior proteção ao trabalhador. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-graduação em Direito (PPGD), Instituto de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Pará, Belém, 2018a. 133 p.

HENRIQUES, Camila Franco. **Projetos de Lei 3.842/12, 2.464/2015, 432/13 e 6.442/16**: Avanço ou Retrocesso Social para o Trabalho Análogo ao de Escravo no Brasil?. Trabalho de Conclusão de Curso da Especialização em Direito Constitucional. Estácio. 2018b. 82 p.

LIMA, Francisco Meton Marques de; LIMA, Francisco Péricles Rodrigues Marques de. **Reforma Trabalhista, entenda ponto por ponto.** São Paulo: LTr, 2017.

LOPES, Otávio Brito. **Minorias, Discriminação no Trabalho e Ação Afirmativa Judicial**. In: Revista TST, Brasília, vol. 76, no 4, out/dez 2010. Disponível em <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/18841/017_lopes.pdf?sequence=4 > Acesso em: 10/04/2019.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Direito Fundamental à Vida.** São Paulo: QuartierLatin/Centro de Extensão Universitária, 2005.

OEA. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. 1969. Disponível em <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em 10/04/2019.

ONU. **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher**. 1979. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw1.pdf> Acesso em 10/04/2019.

ONU. **Declaração Universal de Direitos Humanos. 1948.** Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 26/08/2018.

PANTALEÃO, Sérgio Ferreira. **Medida Provisória 808/2017 perde a validade e muda as regras da reforma trabalhista**. Disponível em <http://www.guiatrabalhista.com.br/tematicas/mp808-2017-perde-a-validade.htm> Acesso em 10/04/2019.

PAZ, Melissa M. K. **A inserção na clt do título II-A** – Do dano extrapatrimonial pela lei 13.467/2017 e sua interpretação conforme a Constituição Federal de 1988. In: CONPEDI/UFBA, 27, 2018, Salvador. Anais do XXXVII Encontro Nacional do CONPEDI, Salvador, BA, 2018. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/0ds65m46/4s56827c/fI7KSeaWmb744MzM.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2019.

PIOVESAN, Flavia; DE FREITAS, Daniel Castanha. **O pacto de San José da Costa Rica e a jurisprudência interamericana em matéria de direito à saúde**. Revista do Direito, Santa Cruz do Sul, v. 1, n. 54, p. 205-225, jun. 2018. ISSN 1982-9957. Disponível em: https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/11843 Acesso em: 05/04/2019. doi:http://dx.doi.org/10.17058/rdunisc.v1i54.11843.

SCHIER, Paulo Ricardo; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Serviço público adequado e a cláusula de proibição de retrocesso social**. Revista de Direito da Administração Pública, Niterói, v. 2, n. 1, p. 204-223, jan./jun. 2016.

SILVA, Homero Mateus da. **Comentários à Reforma Trabalhista.** 1ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 5938. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5447065> Acesso em: 04/04/2019

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **RR 11625420115090653.** Relator Renato de Lacerda Paiva. DJ 02/06/2015. JusBrasil, 2015. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/198000678/recurso-de-revista-rr-11625420115090653?ref=juris-tabs>. Acesso em: 26/02/2018.

WYZYKOWSKI, Adriana. **Assédio moral laboral e direitos fundamentais.** São Paulo: LTr, 2014.