

FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA  
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO  
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

**JESSICA AZEVEDO REIS DA SILVA**

**ESTUDO SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA PERMISSÃO DO  
TRABALHO DE EMPREGADAS GESTANTES EM AMBIENTES  
INSALUBRES**

VOLTA REDONDA  
2019

FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA  
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO  
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

**ESTUDO SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA PERMISSÃO DO  
TRABALHO DE EMPREGADAS GESTANTES EM AMBIENTES  
INSALUBRES**

Monografia apresentada ao Curso de  
Direito do UniFOA como requisito à  
obtenção do título de Bacharel em  
Direito.

Aluna:

Jessica Azevedo Reis da Silva

Orientador:

Ms. Suiá Fernandes de Azevedo Souza

VOLTA REDONDA

2019



Fundação Oswaldo Aranha



### FOLHA DE APROVAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso intitulado:


*Estudo sobre a constitucionalidade da permissão de trabalho de empregadas gestantes em ambientes insalubres*

Elaborado por *Jessica Azevedo Reis da Silva* apresentado publicamente perante a Banca Avaliadora, como parte dos requisitos para conclusão do Curso de Direito.

Aprovada em *21* de *maio* de *2015*

Banca Avaliadora:

  
.....  
Professor Orientador - Unifoa

  
.....  
Professor Avaliador - Unifoa

  
.....  
Professor Avaliador - Unifoa

Aos meus pais, familiares e amigos que me apoiaram ao longo desses 5 anos.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente à Deus, pois nesses cinco anos Ele foi meu amparo e sustento, não me permitindo desistir quando a caminhada se tornou árdua. Agradeço aos meus pais e à minha irmã, por sempre me incentivarem a fazer faculdade e por estarem comigo quando eu decidi seguir o grande sonho de ser advogada. À minha orientadora querida, professora Suiá, que teve paciência comigo durante a elaboração dessa monografia. À professora Cora, por ter me ajudado mesmo quando parecia que tudo ia desmoronar. Agradeço também aos professores Daniel Jordão e Carlos Pacheco por sempre nos motivarem a lutar pelos nossos sonhos. Por fim, agradeço a todos os meus amigos que estiveram comigo e, em especial, ao meu amigo Diogo del Blanco por todo apoio e ajuda durante toda a faculdade e ao meu amigo Thalles Cavalcanti por sempre me ouvir e me motivar a fazer o meu melhor.

## RESUMO

Anteriormente à entrada em vigor da Reforma Trabalhista, o trabalho da empregada gestante em ambiente insalubre era expressamente proibido. Com o advento da lei 13.467/2017 e sua entrada em vigor, essa proibição sofreu uma flexibilização, permitindo que a empregada gestante labore em ambientes insalubres de grau médio e mínimo. Essa alteração levantou debates acerca da proteção do trabalho da mulher e do direito à vida e saúde dela e também do nascituro. A presente monografia teve o objetivo de analisar se, perante a atual Constituição Federal e seus princípios, tal norma deve de fato existir e ser aplicada no ordenamento jurídico. Com esse estudo, foi possível concluir que, partindo da regra de proteção à maternidade, do direito à vida garantido de forma indisponível ao nascituro, essa norma mostra-se inconstitucional, sendo considerada verdadeiro retrocesso social.

**Palavras-chave:** Reforma trabalhista; insalubridade; trabalho da mulher; proteção à maternidade.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>09</b>
<b>2</b>	<b>O NEOCONSTITUCIONALISMO.....</b>	<b>11</b>
	<b>2.1. A superioridade hierárquica da Constituição.....</b>	<b>12</b>
	<b>2.2. Os tratados internacionais e a proteção a mulher.....</b>	<b>14</b>
	<b>2.3. A Organização Internacional do Trabalho e o princípio da     proteção ao direito do trabalho.....</b>	<b>19</b>
<b>3</b>	<b>A REFORMA TRABALHISTA.....</b>	<b>24</b>
	<b>3.1. Breve histórico.....</b>	<b>25</b>
	<b>3.2. A fixação da insalubridade de acordo com a NR15.....</b>	<b>27</b>
	<b>3.3. A nova permissão para fixação da insalubridade.....</b>	<b>30</b>
	<b>3.4. Principais mudanças da proteção à maternidade.....</b>	<b>32</b>
	<b>3.5. O artigo 394-A e o labor da gestante em ambiente     insalubre.....</b>	<b>34</b>
<b>4</b>	<b>COMENTÁRIOS A RECENTE DECISÃO DO STF.....</b>	<b>37</b>
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>42</b>
<b>6</b>	<b>REFERÊNCIAS BLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>44</b>

## **LISTA DE SIGLAS**

ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

CNTM – Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

DIT – Direito Internacional do Trabalho

EC – Emenda Constitucional

NR – Norma Regulamentadora

ONU – Organização das Nações Unidas

OIT – Organização Internacional do Trabalho

USP – Universidade de São Paulo

MTE – Ministério do Trabalho e Emprego

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 garante à mulher o direito de ser mãe, quando no seu artigo 6º, inclui na categoria de direitos sociais a proteção à maternidade e à saúde. Logo, o direito à saúde deve ser garantido à gestante e, por consequência, ao nascituro.

O artigo 226 do mesmo dispositivo legal, traz em seu *caput* proteção especial à família, garantindo, no § 7º, o planejamento familiar como livre decisão do casal, determinando que o Estado ofereça recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito. Isso significa dizer que o Estado deverá amparar a decisão da mulher tanto no caso dela decidir não ter filhos, como também no caso em que ela opte por gerar uma vida.

Há ainda na Carta Magna, especial proteção ao trabalho da mulher, considerando suas duas funções na sociedade: a função produtiva e a função reprodutiva, dando a ela tratamento diferenciado em alguns aspectos em relação aos homens. Diante disso, é plausível afirmar que a igualdade absoluta entre homens e mulheres é algo impossível de ser alcançado. Isso porque tal igualdade só seria possível no caso de colocar homens e mulheres em condições totalmente iguais.

Nesse contexto, a Lei 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista, alterou o artigo 394-A da CLT, passando a permitir que a empregada gestante trabalhe em ambientes com grau de insalubridade mínimo e médio, sendo afastada somente nos casos em que apresentar atestado com recomendação de afastamento, emitido por médico de confiança da mulher.

Ocorre que tal permissão traz à empregada gestante o ônus de comprovar a necessidade de seu afastamento e, enquanto não ocorre, ela expõe a si mesma e o embrião aos perigos e riscos à saúde oferecidos pelos ambientes insalubres. Tem-se aí a possibilidade de graves prejuízos que poderão ser sofridos pela empregada gestante e pelo nascituro.

Desta feita, como a nova redação do artigo 394-A protege a maternidade? Como assegura maiores chances de nascimento do bebê com saúde? Existe algum princípio ou garantia fundamental da gestante e do nascituro sendo violado?

Com o presente trabalho, busca-se a compreensão da extensão dos possíveis danos causados a gestante e ao nascituro, e mesmo se tais danos de fato existem. Para isso, é feita uma análise da Constituição Federal e de todos os princípios que protegem a maternidade, o nascituro e o trabalho da empregada gestante.

Num primeiro momento, será feito o exame da CRFB e de normas internacionais ratificadas pelo Brasil que inserem a proteção à maternidade e ao nascituro. Em seguida, será feita uma apreciação da Reforma Trabalhista, entendendo todo o seu contexto histórico e se existem outras alterações que possam afetar diretamente o trabalho da gestante, tanto de uma maneira geral, como especificamente nos locais insalubres. Há ainda a exposição do posicionamento do STF a respeito da referida norma trabalhista e qual o entendimento tem sido aplicado na atualidade.

A partir da análise desses pontos, o presente trabalho visa realizar uma ponderação acerca do labor da empregada gestante em ambientes insalubres, através da interpretação constitucional e dos princípios que compõem o ordenamento jurídico interno, bem como de dispositivos internacionais ratificados pelo Brasil, e concluir pela constitucionalidade ou não da nova norma trabalhista aplicada nesses casos.

## 2 O NEOCONSTITUCIONALISMO

Após a Segunda Guerra Mundial, desenvolveu-se na Europa um novo modelo de direito constitucional, denominado Neoconstitucionalismo. Esse modelo colocava a Constituição do país como a lei máxima a ser seguida e passou a ter como fundamento maior a dignidade da pessoa humana. Além disso, juntava as ideias de constitucionalismo e de democracia, instituindo uma nova forma de governo, chamado de “Estado Democrático de Direito”.

Jorge Octávio Lavocat Galvão (2014, p. 58) traz, de forma resumida, o que Luís Roberto Barroso, delinea como características do Neoconstitucionalismo, conforme a seguir:

a) Marco histórico: constitucionalismo do pós-guerra, cujas principais características são a adoção de textos constitucionais axiológicos e a criação de tribunais constitucionais; b) Marco filosófico: pós-positivismo consubstanciado na adoção de uma postura interpretativa que busca ir além da legalidade estrita para fazer uma leitura moral do Direito por via da atribuição de normatividade aos princípios, da reabilitação da razão prática e do desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais; c) Marco teórico: o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação jurídica em virtude do reconhecimento de força normativa à Constituição e da expansão da jurisdição constitucional. O autor acrescenta que todos esses elementos levam à valorização e à ampliação do papel dos juízes, notadamente da jurisdição constitucional.

A partir do Neoconstitucionalismo, atribuiu-se o *status* de norma jurídica à norma constitucional, fazendo da Constituição o ponto de partida para todos os outros ramos do Direito, ou seja, subordinando todas as demais normas ao seu contexto geral. Além disso, a Constituição passa a ter efetiva força normativa, atingindo todas as relações, inclusive as infraconstitucionais, sendo dela extraídos todos os valores que regerão tais relações. Estes valores somente serão modificados quando houver essencial e substancial modificação da sociedade que esta rege. Destaca-se que todo o ordenamento jurídico deverá estar atrelado à interpretação da Constituição.

No Brasil, o marco do início do Neoconstitucionalismo vem com a Constituição de 1988, que já em seu preâmbulo demonstra a mudança do Estado

ditatorial, opressor e muitas vezes violento, para um Estado que busca a proteção da dignidade da pessoa humana e a garantia dos direitos individuais e coletivos, deixando claro a instituição do Estado Democrático de Direito, senão vejamos:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Tem-se, portanto, a partir dessa nova Constituição, um Estado que respeita e preserva as liberdades civis e, com destaque, os direitos humanos, com atenção especial à dignidade da pessoa humana, positivado em seu art. 1º, III<sup>1</sup>

O Neoconstitucionalismo no Brasil, portanto, traz a afirmação dos direitos fundamentais como ponto central da proteção da dignidade humana, positivando normas que assegurem de forma efetiva essas pretensões, sendo esta a forma mais adequada de garantia das mesmas, tendo em vista a supremacia da Constituição dentro do país.

## **2.1 A superioridade hierárquica da Constituição**

O Estado contemporâneo é um ente político com governo institucionalizado e, em decorrência disso, deve limitar o exercício do poder por meio de uma organização pré-estabelecida. A partir daí, surge a ideia de criar uma lei maior que rege o Estado, sendo colocada em prática por meio da Constituição, que lhe assegura estabilidade e permanência.

---

<sup>1</sup> 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;

Insta destacar que apenas a Constituição não seria suficiente para livrar o Estado de um governo autoritário e abusivo, pois um governante com excesso de poder seria capaz de anula-la e modifica-la conforme seus próprios interesses. Com isso, a Constituição passa a ser também um instrumento de controle dos governantes, limitando seu poder e estabelecendo as regras de organização social.

Sendo ela a base de todo o direito, passa a Constituição a ser conhecida como Lei Fundamental, pois nela estão as formas de elaboração de outras normas, bem como constam os direitos fundamentais básicos e princípios norteadores de todo sistema jurídico.

Segundo Konrad Hesse, (2011, p. 17) “a Constituição estabelece os pressupostos da criação, vigência e execução das normas do resto do ordenamento jurídico, determinando amplamente seu conteúdo, se converte em elemento de unidade do ordenamento jurídico da comunidade em seu conjunto, no seio do qual vem a impedir tanto o isolamento do Direito Constitucional de outras parcelas do Direito como a existência isolada dessas parcelas do Direito entre si mesmas”.

Neste mesmo sentido, Celso Ribeiro Bastos (1982, p. 13) tem analisado a supremacia da Constituição e ratifica tal ideia ao afirmar que:

Como sobejamente conhecido, as normas constitucionais fundam o ordenamento jurídico. Inauguram a ordem jurídica de um dado povo soberano e se põe como suporte de validade de todas as demais regras de direito. São normas originárias, fundamentantes e referentes, enquanto que as demais se posicionam, perante ela, como derivadas, fundamentadas e referidas. Aquelas de hierarquia superior, e estas, logicamente, de força menor vinculatória.

Pode-se inferir, portanto, que o ordenamento jurídico não está situado todo no mesmo plano, com normas umas ao lado das outras. Há diferentes níveis, em que umas normas são subordinadas a outras. Segundo o jusfilósofo Hans Kelsen (1979, pp. 309-310):

[...] a ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua

unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por seu turno, é determinada por outra; e assim por diante, até buscar finalmente na norma fundamental – pressuposta. A norma fundamental – hipotética nestes termos – é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.

Logo, a Constituição é referência obrigatória de todo ordenamento jurídico, inclusive dela mesma, tendo em vista constar as formas que poderá ser modificada, criando assim a noção de hierarquia do ordenamento jurídico e, dentro desta hierarquia, a supremacia do texto constituinte. Sendo assim, qualquer norma de direito público ou privado criada em desacordo com os preceitos constitucionais, corre o risco de ser anulada por ser considerada inconstitucional.

## **2.2 Os tratados internacionais e a proteção a mulher**

De acordo com Louis Henkin (*International law*, p. 416):

[...] o termo “tratado” é geralmente usado para se referir aos acordos obrigatórios celebrados entre sujeitos de Direito Internacional, que são regulados pelo Direito Internacional. Além do termo “tratado”, diversas outras denominações são usadas para se referir aos acordos internacionais. As mais comuns são Convenção, Pacto, Protocolo, Carta, Convênio, como também Tratado ou Acordo Internacional. Alguns termos são usados para denotar solenidade (por exemplo, Pacto ou Carta) ou a natureza suplementar do acordo (Protocolo). [...]

Não necessariamente os tratados internacionais consagram novas regras de direito internacional. Por vezes, acabam por codificar regras preexistentes, consolidadas pelo costume internacional, ou, ainda, optam por modifica-las (Flavia Piovesan, 2013, p. 108).

Insta salientar que os tratados internacionais só se aplicam aos Estados-partes. Isso significa dizer que só serão aplicados aos Estados que expressamente consentirem com sua adoção. A exceção é que, se os preceitos do tratado forem oriundos de costume internacional, então dispensa-se o consentimento expresso.

Os tratados são formados por meio de negociação, conclusão e assinatura pelo Poder Executivo. Entretanto, a assinatura não implica em obrigação imediata, tendo em vista tratar-se de mera ciência do Estado. De acordo com Flavia Piovesan, a assinatura do tratado, via de regra, indica tão somente que o tratado é autêntico e definitivo.

No Brasil, após assinatura do tratado em âmbito internacional, o mesmo deve ser apreciado e aprovado pelo Poder Legislativo. Em seguida, deverá ser ratificado pelo Poder Executivo, momento em que o país fica obrigado ao tratado. Por fim, “o instrumento de ratificação há de ser depositado em um órgão que assumira a custódia do instrumento” (Flavia Piovesan, p. 110).

Quando as normas jurídicas de direito interno e externo estão de acordo, não há margens para qualquer discussão sobre qual norma aplicar. O conflito reside quando duas normas (internacional e nacional), sobre um mesmo tema são conflitantes e, nesses casos, temos duas teorias adotadas: a teoria dualista e a teoria monista.

A corrente dualista defende que “o Direito Internacional e o Direito Interno de cada Estado são rigorosamente independentes e distintos, de tal modo que a validade jurídica de uma norma interna não se condiciona à sua sintonia com a ordem internacional”, (Francisco Rezek, 2010, p. 4). Ou seja, de acordo com os dualistas, há uma diversidade de fontes de produção de normas jurídicas e não apenas uma.

De acordo com essa teoria, para que um Tratado internacional ou qualquer outra norma externa tenha validade dentro do ordenamento jurídico interno, é necessário que esta seja incorporada internamente, por meio de uma lei ou decreto, por exemplo, transformando-a em lei de direito interno.

Já o monismo apresenta o Direito Interno e o Direito Internacional como dois ramos do Direito num mesmo sistema jurídico (Sidney Guerra, 2017, p. 90). Portanto, não há necessidade de ratificação da norma no Estados, já que estes pertencem a um sistema único.

Antigamente, existiam os defensores do monismo com primazia do Direito Interno, ou seja, a norma jurídica do Direito Interno está no topo de todas as demais normas, dando ao Estado uma soberania absoluta. Atualmente, essa teoria não é mais aplicada, tendo em vista o mundo globalizado e moderno que existe hoje.

Em contrapartida, existe a teoria monista com primazia do Direito Internacional, ou seja, para esta corrente, havendo conflito entre normas internacionais e internas, a primeira deve prevalecer. Celso de Albuquerque Mello (p. 106) assevera que:

O conflito entre o Direito Interno e o Direito Internacional não quebra a unidade do sistema jurídico, como um conflito entre a lei e a Constituição não quebra a unidade do direito estatal. O importante é a predominância do direito internacional, que ocorre na prática internacional como nas hipóteses: uma lei contrária ao direito internacional dá ao Estado prejudicado o direito de iniciar um processo de responsabilidade internacional; uma norma internacional contrária à lei interna não dá ao Estado direito análogo ao da hipótese anterior.

De acordo com os doutrinadores, o Brasil adota o que é chamado de dualismo moderado, tendo em vista a existência de procedimento específico interno para internalização da norma externa, como já explicado anteriormente. Há também características do monismo, pois em caso de normas de direitos humanos divergentes, esta prevalecerá sobre o ordenamento interno.

No que tange a hierarquia das normas internacionais sobre as normas internas, em especial aquelas que tratam sobre direitos humanos, tendo em vista serem a que mais interessam para o estudo deste trabalho, estas podem ocupar duas posições no ordenamento jurídico interno, quais sejam, as de caráter supralegal e aquelas que equivalem a texto constitucional, tendo a mesma força que o texto maior.

O art. 5º, parágrafo 2º da CRFB estabelece que:

Os direitos e garantias expressos nessa 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.

A Carta Magna de 1988 inova ao incluir e proteger constitucionalmente os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja signatário.

Portanto, é nítido que a CRFB confere aos tratados internacionais conteúdo constitucional, na medida em que trouxerem direitos e garantias individuais nela não expressos, vislumbrando a proteção dos direitos humanos, especificamente.

Em 2004, com a Emenda Constitucional de n. 45, acrescentou-se os §§ 3º e 4º ao referido artigo, que preceituam:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

Deste modo, conclui-se que A norma internacional sobre direitos humanos adquirirá caráter constitucional quando, ao passar pelo processo de “transformação” em norma de direito interno, for aprovada seguindo o mesmo trâmite de aprovação das Emendas Constitucionais.

Mas, e quando o trâmite for diferente, como a norma deve ser tratada? De acordo com a Suprema Corte, terão natureza supralegal, ou seja, em que pesem tais normas não poderem afrontar a Constituição, as normas de direitos humanos devem ocupar um local diferenciado no ordenamento jurídico interno. Isso significa dizer que elas estão acima de leis ordinárias, mas abaixo da Carta Magna.

Para o presente trabalho, merece especial destaque a proteção internacional aos direitos da mulher. O artigo 18 da Declaração de Viena reconheceu que:

Os Direitos Humanos das Mulheres e das crianças do sexo feminino constituem uma parte inalienável, integral e indivisível dos Direitos Humanos universais. A participação plena das mulheres, em condições de igualdade, na vida política, civil, econômica, social e cultural, aos níveis nacional, regional e internacional, bem como a erradicação de todas as formas de discriminação com base no sexo, constituem objetivos prioritários da comunidade internacional. A violência baseada no sexo da pessoa e todas as formas de assédio e exploração sexual, nomeadamente as que resultam de preconceitos culturais e do tráfico internacional, são incompatíveis com a dignidade e o valor da pessoa humana e devem ser eliminadas. [...]

Atualmente, no que diz respeito à proteção especial dada a mulher, há no Brasil dois importantes tratados em vigor: a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará).

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro por meio de sua aprovação pelo Decreto Legislativo nº 93, de 14 de novembro de 1983, e promulgação pelo Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984, com reserva facultada em seu art. 29, parágrafo 2º<sup>2</sup>. Conclui-se que percorreu todos os trâmites necessários para sua vinculação interna e externa.

Em síntese, a Convenção supracitada busca eliminar a discriminação de gênero, tanto no espaço público quanto privado, por meio de “medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher”<sup>3</sup>, admitindo-se o tratamento desigual na medida das desigualdades existentes, sendo estes tratamentos diferenciados interrompidos assim que os objetivos de igualdade sejam alcançados.

Já a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher foi incorporado ao ordenamento jurídico interno por meio do Decreto presidencial nº 1.973, de 1º de agosto de 1996, vinculando, portanto, o Estado brasileiro interna e externamente. Destaca-se que, por ser um tratado que aborda assunto relativo aos direitos humanos, o mesmo entra no ordenamento jurídico brasileiro com força de norma supralegal.

Já em seu art. 1º esta Convenção define a violência contra a mulher como “qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público, como no privado.” Além disso, traz um rol de direitos garantidos às mulheres em seu art. 4º,

---

<sup>2</sup> Artigo 29, § 2º - Qualquer Estado-Parte, no momento da assinatura ou ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, poderá declarar que não se considera obrigado pelo parágrafo anterior. Os demais Estados-Partes não estarão obrigados pelo parágrafo anterior perante nenhum Estado-Parte que não tenha formulado essa reserva.

<sup>3</sup> Artigo 4º de A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.

tais como direito à vida, integridade física, mental e moral, à liberdade, à segurança pessoal, entre outros.

Esta Convenção também se preocupou, em seu capítulo terceiro, em determinar que os Estados-partes adotem políticas e todos os meios apropriados e da forma mais breve possível, para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher.

Ambos os tratados estão em perfeita harmonia com os preceitos trazidos pela CRFB, e buscam diminuir e extinguir qualquer forma de discriminação e violência contra a mulher, visando ainda mudar a cultura patriarcal presente em grande parte do estado brasileiro.

Mirando o fortalecimento e ampliação de esforços em defesa dos direitos humanos das mulheres, em 2010, a ONU criou a ONU Mulher, que possui seis áreas prioritárias de atuação: “a) liderança e participação política das mulheres; b) empoderamento econômico; c) fim da violência contra mulheres e meninas; d) paz e segurança e emergências humanitárias; e) governança e planejamento; f) normas globais e regionais.”<sup>4</sup>. No Brasil, o escritório regional localiza-se em Brasília, defendendo os compromissos internacionais assumidos com os direitos humanos das mulheres, tais como as duas convenções citadas. Para isso, busca parcerias com a sociedade civil e com os três poderes, além de contar com o apoio do sistema das Nações Unidas.

### **2.3 A Organização Internacional do Trabalho e o princípio da proteção ao direito do trabalho**

A Organização Internacional do Trabalho surgiu em junho de 1919, com objetivo de proteger a justiça social e respeitar os direitos humanos no âmbito do trabalho. Foi criada pela Conferência da Paz, assinada em Versalhes, posteriormente denominada “Tratado de Versalhes”.

---

<sup>4</sup> Fonte: Sobre a ONU Mulheres. Disponível em <http://www.onumulheres.org.br/onu-mulheres/sobre-a-onu-mulheres/>. Acesso em 28/04/2019

Criada após a Revolução Industrial ocorrida na Europa e a partir dos impactos negativos por ela trazidos, a OIT visava minimizar as condições injustas e deploráveis a que os operários eram submetidos nesse período, em que também houve significativo aumento das desigualdades sociais, na medida em que o operário se tornou alienado em relação aos meios de produção.

Segundo Lygia Maria Godoy Batista Cavalcante (2007, p. 144), “a exigência cada vez menor em relação às habilidades individuais do trabalhador, a preponderância da grande máquina e o número cada vez maior de empregados povoando as grandes fábricas transformaram o trabalhador numa simples peça, sem maior importância e anônima, desconhecida; um objeto igual aos demais, carente de valor humano.”

Em virtude do crescente estado de miserabilidade e das condições precárias e sub-humanas a que eram submetidos e da tomada de consciência de classe, surgiu a necessidade de o Estado intervir de modo a proteger a classe trabalhadora.

Nesse período, a intervenção estatal nas relações de trabalho era praticamente zero, tendo os empregadores total liberdade de negociação com seu empregado. Por ser a parte mais forte da relação, o empregador, sempre visando a maior produção com o menor custo possível, oferecia condições extremamente precárias e salário ínfimos.

Lygia Maria Godoy Batista Cavalcante explica (2007, p. 144):

A chamada questão social, evidenciada no século XIX, representava a situação lamentável em que se encontravam os trabalhadores no alvorecer da sociedade industrial, sobretudo em razão dos salários insuficientes, das condições penosas de trabalho e de moradia, das jornadas extenuantes, dos riscos trazidos pelos trabalhos nas máquinas, das sequelas dos acidentes em seguridade social, do desemprego às enfermidades e à invalidez, além do abuso aos trabalhos das mulheres e das crianças, que eram pagos com salários ainda menores. A reação a todos estes problemas vividos pela classe trabalhadora se produziu a partir da tomada de consciência acerca da situação.

No tocante às bases políticas que levaram ao surgimento da OIT, esta veio, após o impacto da Primeira Guerra Mundial, “como o mais importante organismo internacional de todos, e foi responsável de assegurar bases sólidas para a paz

mundial e obter melhores condições humanas para a classe trabalhadora”, conforme palavras de Rúbia Zanotelli de Alvarenga (2017).

Nesse contexto, inicialmente a OIT surge como instrumento para universalização e aplicação da ideia de justiça social e mantenedora da paz mundial. Com o surgimento da ONU em 1945, após os efeitos da Segunda Guerra Mundial, e ante a inviabilidade de se manterem dois órgãos internacionais com as mesmas funções e atribuições, declarou-se a OIT integrante da ONU.

Nas palavras de Arnaldo Sussekind (1987, p. 124):

“A OIT, portanto, visa a adotar uma política social de cooperação e de desenvolvimento social entre todos os sistemas jurídicos nacionais para a melhoria das condições de trabalho, mediante o implemento de normas protetivas sociais universais para os trabalhadores e o reconhecimento internacional dos Direitos Humanos do Trabalhador”.

O Direito Internacional do Trabalho nada mais é que um ramo do Direito Internacional Público. Seus princípios gerais estão elencados no art. 2º da Carta das Nações Unidas, enquanto os princípios específicos do DIT estão listados na Declaração de Filadélfia.

O primeiro princípio específico do DIT diz que “o trabalho não é uma mercadoria”. Neste sentido, Gabriela Neves Delgado (2006, p. 211) assevera que:

Não há como se concretizar o direito à vida digna se o homem não for livre e tiver acesso ao direito fundamental ao trabalho também digno. Desta forma, não há possibilidade real do exercício do trabalho digno se não houver verdadeira preservação do direito fundamental à vida humana digna.

Complementa ainda dizendo que:

Onde o direito ao trabalho não for minimamente assegurado (por exemplo, com o respeito à integridade física e moral do trabalhador, o direito à contraprestação pecuniária mínima), não haverá dignidade humana que sobreviva. (2006, p. 207).

Conclui-se, portanto, que o trabalho não pode ser tratado como mercadoria tendo em vista que o homem, por meio dele, busca seu desenvolvimento pessoal, desenvolve sua criatividade e se descobre enquanto ser humano, na medida em que

ali ele também desenvolve e descobre mais sobre si e sua personalidade. Além disso, o trabalho também visa a garantia de vida digna e saudável ao trabalhador, na medida em que ele proporciona os meios para garantir sua subsistência.

O segundo princípio específico do DIT diz que “a liberdade de expressão e de associação é uma condição indispensável a um progresso ininterrupto”. No ordenamento jurídico interno, a liberdade de expressão tem previsão constitucional (art. 5º, inciso IV<sup>5</sup>). Também se tem garantido na CRFB, em seu art. 1º, inciso V, o pluralismo político como um dos fundamentos da República. Relaciona-se ao segundo princípio elencado considerando-se que essa garantia do pluralismo político permite grande liberdade a organização de associações. Ratificando este entendimento, o art. 5º, inciso XVII, do citado dispositivo legal diz:

XVII – é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar.

O terceiro princípio do DIT determina que “a penúria, seja onde for, constitui um perigo para a prosperidade geral”. Tal princípio busca melhorar as condições de trabalho, garantido ao trabalhador condições dignas e maior proteção possível a sua saúde.

Por fim, o último princípio específico do DIT traz que “a luta contra a carência, em qualquer nação, deve ser conduzida com infatigável energia e por um esforço internacional contínuo e conjugado, no qual os representantes dos empregadores e dos empregados discutam, em igualdade, com os dos governos e tomem com eles decisões de caráter democrático, visando ao bem comum”.

Corroborando esse princípio, o segundo parágrafo do preâmbulo da constituição da OIT diz que:

Considerando que existem condições de trabalho que implicam, para grande número de indivíduos, misérias e privações, e que o descontentamento que daí decorre põe em perigo a paz e a harmonia universais, e considerando que é urgente melhorar essas condições no que se refere, por exemplo, à regulamentação das horas de trabalho, à fixação de uma duração máxima do dia e da semana de trabalho, ao recrutamento da mão-de-obra, à luta contra o desemprego, à garantia de um salário que assegure condições de existência convenientes, à proteção dos

---

<sup>5</sup> Art. 5º, inciso IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.

trabalhadores contra as moléstias graves ou profissionais e os acidentes de trabalho, à proteção das crianças, dos adolescentes e das mulheres, às pensões de velhice e de invalidez, à defesa dos interesses dos trabalhadores empregados no estrangeiro, à afirmação do princípio do 'para igual trabalho, mesmo salário', à afirmação do princípio da liberdade sindical, à organização do ensino profissional e técnico, e outras medidas análogas.

Com base no objetivo da OIT de justiça social e de proteção ao trabalhador, sempre propondo sua proteção enquanto parte mais fraca da relação contratual, a doutrina brasileira traz, específico do Direito do Trabalho, o princípio da proteção, que determina exatamente a proteção da parte hipossuficiente na relação de emprego, “visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho”, conforme diz Maurício Godinho Delgado (2017, p. 213).

Talvez seja esse o princípio mais importante do Direito do Trabalho. Isso porque, nas palavras de Mauricio Godinho Delgado (2017, p. 214) “[...] abrange, essencialmente, quase todos (senão todos) os princípios especiais do Direito Individual do Trabalho. [...] seria inspirador amplo de todo o complexo de regras, princípios e institutos que compõe esse ramo jurídico especializado.”

### 3 A REFORMA TRABALHISTA

Em contrapartida à atual CFRB em vigor e às ideias da OIT de proteção ao trabalhador e justiça social, a Reforma Trabalhista no Brasil surge como um instrumento de exclusão e aumento das desigualdades sociais.

DELGADO e DELGADO (2017, p. 40), diz que a nova lei está “profundamente dissociada das ideias matrizes da Constituição de 1988, como a concepção do Estado Democrático de Direito, a principiologia humanística e social constitucional, o conceito constitucional de direitos fundamentais da pessoa humana no campo justrabalhista e da compreensão constitucional do Direito como instrumento de civilização[...]”. Ainda de acordo com os nobres autores, “[...] a Lei n. 13.467/2017 tenta instituir múltiplos mecanismos em direção gravemente contrária e regressiva.”.

No campo do Direito Individual do Trabalho, em que pese a função do Direito do Trabalho de tentar equilibrar a relação existente no contrato de trabalho, tendo em vista ser o empregador a parte mais forte da relação, a nova lei traz como grandes marcas a flexibilização das regras desse contrato, a acentuação do poder do empregador, além de impor grandes restrições ao acesso à justiça por parte do trabalhador. A partir disso, tem-se novamente o quadro de desigualdade e desequilíbrio de forças e a desvalorização do trabalho e emprego.

Com relação ao Direito Coletivo do Trabalho, a Lei 13.467/2017 busca, claramente, reduzir o poder das entidades sindicais. Primeiramente, como evidência dessa busca pelo enfraquecimento sindical, tem-se o fim da contribuição sindical obrigatória, fim da contribuição negociada ou contribuição assistencial. Além disso, tende a tornar o Sindicato potencial adversário do trabalhador, na medida em que permite que por meio de acordos ou convenções coletivas possam suprimir diversos direitos, antes garantidos de forma incondicional ao empregado. Há também, assim como no direito individual do trabalho, fortes restrições de acesso à justiça por parte dos próprios sindicatos.

Tratando-se do direito processual do trabalho, a reforma trabalhista não poderia ter sido mais negativa. O primeiro ponto e, talvez, o de maior impacto dessa nova lei, é a dificuldade de acesso à justiça, com a descaracterização da justiça

gratuita (totalmente em desacordo com o art. 5º, LXXIV, da CRFB<sup>6</sup>), a instituição da sucumbência recíproca, entre outras regras que desestimulam a busca da tutela jurisdicional para a solução de litígios.

### 3.1 Breve histórico

Os direitos trabalhistas no Brasil surgem com o fim da escravidão, no final do século XIX, e o conseqüente fim do trabalho gratuito. Surgem assim as contratações que envolviam salários e, com elas, a necessidade da criação de normas que regulamentassem as relações de trabalho. A Constituição de 1891 trouxe a primeira definição brasileira trabalhista, considerando o trabalho como uma prática livre e remunerada, podendo o cidadão vincular-se ou desvincular-se dela de acordo com sua vontade.

As primeiras mudanças efetivas com relação aos direitos trabalhistas ocorreram após a Revolução de 1930, sendo uma das mais importantes nesse período a criação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio. Também foi no início do século XX que instituiu-se o período de férias de 15 dias por ano, alguns tipos de direitos em relação aos acidentes de trabalho, jornada máxima diária de 7 horas, proibição do trabalho de menor de 12 anos em fábricas, entre outras.

Em 1934, a nova Constituição trouxe novo pacote de direitos trabalhistas que incluía, entre outras normas, o salário mínimo, a jornada de trabalho máxima de 8 horas diárias, férias remuneradas e assistência sanitária, além da inclusão da Justiça do Trabalho para dirimir conflitos entre empregados e empregadores.

Já no governo de Vargas, os direitos trabalhistas ganharam verdadeiro destaque, com grande proliferação de direitos favoráveis ao trabalhador. O maior destaque desse governo foi a criação, no ano de 1943, da CLT, por meio do decreto nº 5.542, de 1º de maio daquele ano, que trazia uma compilação de todas as normas trabalhistas. Suas fontes declaradas foram a encíclica *Rerum Novarum* do Papa

---

<sup>6</sup> Art. 5º LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Leão XIII, os pareceres dos consultores do Ministério do Trabalho, as convenções e recomendações da OIT e as teses aprovadas pelo 1º Congresso Brasileiro do Direito Social.

Em 1988, a CRFB trouxe uma verdadeira “constitucionalização da CLT”, já que em seu artigo 7º, traz uma grande variedade de direitos aos trabalhadores urbanos e rurais, garantindo melhores condições de trabalho e respeitando a dignidade da pessoa humana. Além disso, o citado dispositivo legal traz em seus artigos 8º e 9º os direitos sindicais, como a garantia de emprego ao dirigente sindical e a participação dos sindicatos nas negociações coletivas, por exemplo.

A partir disso, o movimento sindical tornou-se mais forte e os direitos trabalhistas tornaram-se mais enrijecidos, visto trazer a ampliação de direitos do trabalho considerados indisponíveis, limitando a autonomia negocial coletiva. Nesse período, diversas cláusulas de acordos e convenções coletivas foram anuladas pela Justiça do Trabalho, por tratarem desses direitos indisponíveis.

Em 2017, surge a lei 13.467/2017, que traz verdadeiras modificações aos direitos trabalhistas. Por um lado, tem-se a adaptação à revolução digital do século XXI, ao tratar de questões trazidas pelas novas tecnologias, como o teletrabalho, o trabalho intermitente e outras novas formas de organização laboral. Por outro lado, em que pese essa adaptação ao novo mercado de trabalho, muitos direitos trabalhistas foram suprimidos ou se tornaram disponíveis, como é o caso do intervalo intrajornada mínimo de 1 hora para jornadas superiores a 6 horas diárias, que hoje é passível de negociação e supressão parcial.

A juíza do trabalho e doutora em direito do trabalho pela USP, Valdete Souto Severo (2018) afirma que:

O texto da Lei 13.467/2017 contém alterações que são claramente reivindicações de determinados setores da economia, alterações que constituem a vontade de um pequeno grupo [...]. É extremamente agressivo nos âmbitos tanto material quanto processual e revela um momento de retração dos direitos sociais [...]. O mundo ocidental, infelizmente, [...] está passando por uma fase conservadora, o que não se reflete apenas na reforma trabalhista, mas também na forma de governar e na escolha de governantes em países de diferentes tradições históricas e nas políticas de intolerância com as diferenças, entre tantos outros exemplos. [...]

Portanto, numa visão geral da Reforma Trabalhista, pode-se perceber que essa flexibilização dos direitos trabalhistas acabou por retirar muitos direitos do trabalhador, antes garantidos de forma irrevogável, sendo que, em muitos casos, constitui-se verdadeiro retrocesso social. Por este motivo, conclui-se que a reforma visou não somente adaptação ao novo mercado de trabalho, mas ao atendimento de reivindicações de setores econômicos que forma uma minoria dos trabalhadores brasileiro.

### **3.2 A fixação da insalubridade de acordo com a NR15**

Num primeiro momento, cumpre esclarecer o que é o meio ambiente do trabalho. De acordo com Cirlene Luiza Zimmermann (2018, pag. 210), este pode ser conceituado como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química, biológica e psíquica (acréscimo indispensável por envolver relações humanas), que permite, abriga e rege a vida dos trabalhadores, ou seja, a união de todos os fatores que interferem no bem-estar do obreiro, nele se incluindo a organização do trabalho, as operações e os processos, os equipamentos e as ferramentas e o tempo de trabalho. ”

A Convenção nº 155 da OIT, ratificada pelo Brasil e inserida no ordenamento jurídico interno pelo Decreto Legislativo nº 2, de 17/03/1992, promulgado pelo Decreto nº 1.254, de 29/09/1994, em seu artigo 3º, alínea c, conceitua o local de trabalho como “todos os lugares onde os trabalhadores devem permanecer ou onde tem que comparecer, e que estejam sob o controle, direto ou indireto do empregador.”

O mesmo citado dispositivo determina ainda, em seu artigo 4º, que seja estabelecido uma política nacional coerente em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente do trabalho, com o objetivo de prevenir acidentes e danos à saúde do trabalhador, causados pela sua atividade de trabalho.

Sebastião Geraldo de Oliveira afirma ainda que o espaço externo também pode e deve ser considerado meio ambiente de trabalho, ao dizer que (1998, p. 83)

“o operário que ganha mal, inevitavelmente, alimenta-se mal e mora mal, sem descanso satisfatório. Como ganha pouco, é obrigado a estabelecer residência nas regiões periféricas, distantes dos locais de trabalho, o que adiciona, ainda, o desgaste do longo período diário em deslocamento incômodo, subtraindo o tempo que poderia ser aproveitado no repouso e lazer. Consequentemente, esse operário terá desgaste acelerado (por não repor as calorias que despense no trabalho), baixa produtividade, menos resistência, mais doenças e mais ausências no trabalho, continuando, por tudo isso, a ganhar mal, sem perspectivas de promoção, tendo de se conformar com as tarefas mais pesadas e desqualificadas, quando perde o emprego, prosseguindo assim, o ciclo vicioso e tormentoso da pobreza.”

Superada a definição do meio ambiente de trabalho, a Constituição Federal de 1988 garante a todos, em seu artigo 225, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida. Nas palavras de Raimundo Simão de Melo “o mais fundamental direito do homem, consagrado em todas as declarações internacionais, é o direito à vida, suporte para existência e gozo dos demais direitos humanos. Mas esse direito, conforme assegura a nossa Constituição Federal no art. 225, requer vida com qualidade e para que o trabalhador tenha vida com qualidade é necessário que se assegurem os seus pilares básicos: trabalho decente e em condições seguras e salubres”.

Infelizmente, sabe-se que é impossível estabelecer um trabalho 100% seguro e em condições totalmente salubres em algumas áreas e atividades. Diante disso, a CRFB determina que é direito dos trabalhadores urbanos e rurais um adicional de remuneração para as atividades insalubres (art. 7º, inciso XXIII).

A CLT nos traz a definição de atividade insalubre em seu art. 189, conforme a seguir:

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.

Nas palavras de Adriana Calvo (2016, p. 601), “ as atividades insalubres são aquelas executadas em condições ambientais nocivas à saúde do trabalhador,

influindo para esta conceituação as executadas em temperaturas excessivas ou por demais baixas, as expostas à poluição do ar ou a agentes químicos ou biológicos.”

Existem três graus distintos de enquadramento da insalubridade: mínimo, médio ou máximo. De acordo com o enquadramento, o adicional de insalubridade a que faz jus o trabalhador será de 10%, 20% ou 40%, respectivamente, atualmente calculado sobre o valor do salário mínimo vigente.

A caracterização da atividade insalubre se dará por meio de perícia realizada por médico ou engenheiro do trabalho, registrados no Ministério do Trabalho, além de ser obrigatório que conste na relação oficial elaborada pelo Ministério do Trabalho. Isso significa dizer que não basta o perito indicar a existência de condições que afetam a saúde do trabalhador, é necessário que aquela atividade esteja enquadrada pelo Ministério do Trabalho como atividade insalubre. Caso o fator de insalubridade seja desqualificado pelo MTE, o adicional de insalubridade também deixará de ser recebido.

Atualmente, a NR-15 traz todos os agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde do empregado. Além disso, nela também estão dispostos todos os limites de tolerância previstos para a caracterização da atividade como grau mínimo, médio ou máximo de insalubridade.

Especificamente quando a fixação da insalubridade e de seu grau, dispõe o item 15.4.1.1 da referida norma:

Cabe à autoridade regional competente em matéria de segurança e saúde do trabalhador, comprovada a insalubridade por laudo técnico de engenheiro de segurança do trabalho ou médico do trabalho, devidamente habilitado, fixar adicional devido aos empregados expostos à insalubridade quando impraticável sua eliminação ou neutralização.

A CLT ratifica essa determinação em seu art. 195:

A caracterização e a classificação da insalubridade e da periculosidade, segundo as normas do Ministério do Trabalho, far-se-ão através de perícia a cargo de Médico do Trabalho ou Engenheiro do Trabalho, registrados no Ministério do Trabalho.

Isso significa dizer que, em regra, somente após avaliação do meio ambiente de trabalho, por profissional habilitado e qualificado, será fixada a insalubridade e seu grau. Desta forma, garante-se a proteção à saúde do trabalhador e a recompensa monetária adequada nos casos em que sua saúde não pode ser totalmente preservada em função do seu local de trabalho e da atividade que ele exerce, sendo esta a maneira mais justa de preservação do empregado no que diz respeito a esse tema.

### **3.3 A nova permissão para fixação da insalubridade**

Anteriormente à Carta Magna de 1988, a negociação coletiva trabalhista era pouco incentivada no Brasil. Após promulgação da mais recente Constituição, houve a promoção e impulsão dessa forma de negociação, sem, contudo, que este se torne instrumento da precarização e diminuição do valor do trabalho.

Neste diapasão, Mauricio Godinho Delgado afirma (2017, p. 205):

A Constituição de 1988 buscou implantar no país um Estado Democrático de Direito, estruturado a partir de um tripé conceitual, a saber: a pessoa humana, e sua dignidade; a sociedade política, democrática e inclusiva; a sociedade civil, também democrática e inclusiva.

Nessa dimensão, como meio de favorecer a democratização da sociedade civil, a Constituição da República reconheceu e conferiu estímulos à negociação coletiva trabalhista, por meio de vários de seus dispositivos: art. 7º, VI, XIII, XIV e XXVI, do texto constitucional original de 1988; art. 8º do texto original da Constituição que, em seus diversos incisos, trata das entidades sindicais, instituições decisivas para a adequada dinâmica negocial coletiva; art. 114, em seu no parágrafo 2ª (este inserido pela EC n. 45/2004), dispositivo que restringiu o anterior amplo acesso ao poder normativo judicial trabalhista, enquanto via concorrential à clássica negociação coletiva trabalhista.

Os estímulos constitucionais produziram resultado exponencial, transformando, profundamente, essa dimensão do Direito Coletivo do Trabalho do país e da realidade socioeconômica das relações coletivas trabalhistas brasileiras. Em uma palavra, a nova Constituição da República retirou do limbo e inércia factuais a dinâmica das negociações coletivas trabalhistas em todo o território brasileiro, abrindo-lhe espaço de desenvolvimento que ainda não experimentara no período histórico precedente a 1988.

Com as mudanças na economia mundial, torna-se necessária a adoção de medidas que compatibilizem os interesses dos empregadores com as necessidades dos empregados. Sendo assim, há aí uma justificativa para a flexibilização de alguns preceitos, antes rígidos, desde que essa flexibilização se justifique na manutenção da saúde da empresa e na geração de novos empregos. Para Rosita Nassar (1991, p. 76), “a flexibilização das normas trabalhistas faz parte integrante de um processo maior de flexibilização do mercado de trabalho, consistente em um conjunto de medidas destinadas a dotar o Direito do Trabalho de novos mecanismos capazes de compatibilizá-lo com as mutações decorrentes de fatores de ordem econômica, tecnológica ou de natureza diversa”.

Contudo, conforme afirma Volia Bomfim Cassar (2018, p. 101) “a flexibilização só deveria ser utilizada para priorizar temporariamente a sobrevivência da empresa ou para adaptar, moldar a regra legal à realidade. As abusivas deveriam ser coibidas.”

A Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017) instituiu um modelo conhecido como “negociado sobre legislado”, isto é, um novo sistema de hierarquia das fontes em que as cláusulas previstas em convenções ou acordos coletivos prevalecem quando conflitarem com as disposições previstas em lei. É o que se infere do art. 611-A (Carlos Bezerra Leite, 2018, p. 377). É possível vislumbrar nesse artigo uma importante exceção ao princípio da prevalência da norma mais favorável ao trabalhador, já que o *caput* do mesmo<sup>7</sup> não traz nenhuma exceção para os casos em que o acordado suprimir ou reduzir direitos previstos no legislado.

O inciso XII do citado artigo no parágrafo anterior traz nova determinação quanto ao enquadramento do grau de insalubridade, já que permite que este se dê por meio do acordo ou convenção coletiva. Logo, se determinada atividade está enquadrada pelo Ministério do Trabalho como grau máximo, a norma coletiva poderá reduzir o enquadramento para 10%, por exemplo.

Tal previsão legal se mostra em total desacordo com a Constituição em vigor, visto permitir alterações que beneficiam o empregador em detrimento do empregado. Além disso, tal questão trata-se, como bem diz Gustavo Filipe Barbosa

---

<sup>7</sup> Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

Garcia (2017, p. 268) “[...] de questão de ordem pública, a ser disciplinada pelas normas de segurança e medicina do trabalho, em consonância com o art. 7º, inciso XXII, da Constituição Federal de 1988”.

Mauricio Godinho Delgado afirma ainda que, (2017, p. 264) “[...] a regra jurídica mostra-se praticamente vazia de conteúdo normativo. É que a análise da situação, circunstância ou fator insalubre é ato estritamente técnico-científico, mantendo-se largamente distante da ideia de ato objeto de negociação entre as partes, mesmo as partes coletivas”.

### **3.4 Principais mudanças da proteção à maternidade**

A Constituição brasileira atual trouxe em seu interior a maioria dos direitos humanos, dando-lhes a característica de fundamentais e obrigatórios, tanto nas relações entre cidadão e Estado, como também nas relações particulares. Isso gerou reflexos imediatos nas relações trabalhistas, tendo em vista que estas também devem seguir o determinado pela Carta Maior.

Em virtude dessas garantias trazidas, acerca do trabalho da mulher, RAMOS (2018, p. 153) diz:

Recebeu proteção específica, considerando suas duas funções na sociedade, a função produtiva e a reprodutiva, a justificar e até exigir algum tratamento diferenciado em relação ao homens em poucos aspectos, como, por exemplo, na sua saúde e integridade física, na medida em que, de acordo com recentes pesquisas, as mulheres assumem mais responsabilidade familiares que os homens, portanto, seu desgaste físico tende a ser maior.

Assim, ao suprimir direitos trabalhistas em relação às mulheres, como aumento ou oneração da jornada de trabalho, ou retirada de qualquer outro benefício a ela já concedido, ignora o aspecto social das relações de trabalho e passa a considerar somente o lado econômico.

Importante destacar que se faz necessária uma distinção de direitos de homens e mulheres em certos aspectos. Isso porque uma igualdade total de direitos

somente seria possível mediante igualdade total também das partes, o que não acontece na realidade. Sendo assim, é justa a proteção legal diferenciada que leve em conta as desigualdades naturais existentes, promovendo a harmonia social e maior equidade entre todos.

A CRFB reconhece essa diferença existente entre homem e mulher nas relações de trabalho, garantindo a ambos o tratamento igualitário (art. 5º, I e 7º, XXX), licença à gestante e proteção à maternidade (art. 7º, XVIII), proteção ao mercado de trabalho da mulher, com incentivos específicos (art. 7º, inciso XX). Também dentre os objetivos fundamentais da República estão previstos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I) e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV).

Desse modo, quando a mulher opta por ter um filho, ela precisa ter garantido não só a sua saúde, como também a saúde e segurança do feto, resguardando também, o direito à vida do nascituro. A melhor forma de proteger a saúde e o direito à vida do feto é protegendo a maternidade.

No que tange especificamente a maternidade, a Seção V do Capítulo III, Título III, da CLT, destinada exclusivamente à proteção à maternidade também sofreu significativas alterações. A primeira delas, que trataremos com maiores detalhes mais a frente, diz respeito à permissão do trabalho da empregada grávida em ambientes insalubres (art. 394-A da CLT).

Outra alteração trazida pela Lei 13.467/2017 foi a inserção do parágrafo 2º ao artigo 396 da CLT, transformando assim o antigo parágrafo único em parágrafo 1º. Eis o texto normativo integral:

Art. 396. Para amamentar seu filho, inclusive se advindo de adoção, até que se 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.  
§ 1º Quando exigir a saúde do filho, o período de seis meses poderá ser dilatado, a critério da autoridade competente.  
§ 2º Os horários dos descansos previstos no *caput* deste artigo deverão ser definidos em acordo individual entre a mulher e o empregador.

A mudança deste artigo está na previsão expressa de que os horários de descanso devem ser definidos por meio de acordo individual entre a mulher e o

empregador. Dessa forma, tornou-se explícito no texto legal o que já ocorria na prática: a definição consensual sobre o melhor horário para se cumprirem estes dois intervalos previstos de forma especial, durante a jornada de trabalho, de meia hora cada um.

Carlos Henrique Bezerra Leite (2018, p. 690) critica este novo dispositivo ao afirmar que em tempos de crise econômica e desemprego, aliados ao entendimento dominante de que o empregador detém o “poder potestativo” de dispensar o empregado, o referido acordo individual implicará, não raro, em verdadeira renúncia por parte da trabalhadora lactante.

### **3.5 O artigo 394-A e o labor da gestante em ambiente insalubre**

Os direitos da empregada gestante devem ser vistos sob dois aspectos. O primeiro deles deve ser tratado com enfoque na saúde e segurança da gestante e, conseqüentemente, do feto. Na prática, deve-se permitir o acompanhamento adequado da gestação, parto e amamentação, além da garantia de condições de trabalho compatíveis com a gestação. O segundo aspecto diz respeito à garantia do trabalho da gestante, não permitindo que a gravidez seja empecilho para contratação e permanência no trabalho da mulher.

A redação antiga do artigo 394-A, dada pela Lei 13.287/16, garantia à empregada gestante ou lactante o exercício de suas atividades em local salubre, garantindo a proteção desta empregada e de seu nascituro ou recém-nascido. Contudo, com a entrada em vigor de lei mais nova tratando do tema, qual seja 13.467/2017, este dispositivo foi modificado, trazendo conseqüências principalmente às empregadas gestantes e lactantes.

O novo texto legal do artigo 394-A diz que:

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 percepção de salário-maternidade, nos termos da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, durante todo o período do afastamento.

Portanto, conforme exposto, atendendo a certas condições, é permitido o trabalho da empregada gestante em locais insalubres de grau mínimo e médio. O afastamento automático somente acontecerá nos casos de insalubridade em grau máximo. Sobre a exposição ocupacional do feto, o médico e pesquisador da Fundação Oswaldo Cruz, Francisco José Roma Paumgarten (2013, p. 1486) afirma:

Os efeitos da exposição materna sobre o desenvolvimento do conceito dependem da época em que ocorre. Acredita-se que antes da implantação (dia 6 a 7,5 pós-concepção), a resposta é do tipo “tudo ou nada”, *i.e.*, ou o embrião não é afetado pela exposição, ou esta resulta na sua morte. A possibilidade de exposições pré-implantação causarem malformações congênitas foi sugerida por alguns estudos experimentais, mas a literatura a respeito é controversa. As dismorfologias são produzidas fundamentalmente por exposições que ocorrem durante o período da embriogênese ou organogênese (primeiro trimestre), quando a estrutura básica do corpo e seus órgãos é formada. No período de crescimento e maturação fetal, que se prolonga até o parto (segundo e terceiro trimestre), os efeitos mais frequentes são o retardo do crescimento intrauterino e as deficiências funcionais, incluindo as alterações neurocomportamentais, que aparecem após o nascimento.

Com a MP 808/17, o afastamento da empregada gestante da área insalubre era automático, a não ser que ela apresentasse atestado médico que permitisse seu labor naquele local. No caso do afastamento para local salubre, havia também

a perda do respectivo adicional. Contudo, a referida MP perdeu sua eficácia, restabelecendo o texto original do artigo.

Segundo José Augusto Rodrigues Pinto (2009, p. 223):

A proibição do trabalho insalubre da gestante e da lactante vai muito além de conferir benefícios à obreira ou a seu filho, envolvidos, pelas circunstâncias, em relação de trabalho subordinado, mas se dirige à maternidade, direito fundamental que ultrapassa os dois seres humanos para protegê-los em conjuntos e ainda podendo incluir o pai, quando também empregado.

Portanto, ao autorizar o trabalho da gestante em local insalubre, reconhece-se maior importância ao valor econômico do trabalho, com a consequente diminuição do valor social, inviabilizando o direito constitucional de proteção à maternidade e à infância (arts. 6º, 203, I e III e 227 da CRFB).

Importante ressaltar que o Enunciado 50 aprovado na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (2017) preconiza que:

A autorização legal permitindo o trabalho da gestante e lactante em ambiente insalubre é inconstitucional e inconveniente 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; 196; 200; 201, II; 203, I; 225; 226 e 227 da CF; Convenção 103 e 183 da OIT; arts. 25, I e II da DUDH.

Assim, como dito alhures, RAMOS (2018, p. 161):

Retirar qualquer dos benefícios vinculados à proteção da função reprodutiva feminina é vilipendiar regras e princípios constitucionais e deixar deficiente toda a previsão infraconstitucional que se complementa para proteção da maternidade.

Como o artigo 394-A é norma de saúde pública, pois protege não somente a saúde da funcionária gestante como também preserva a saúde do nascituro contra a exposição à agentes nocivos, não poderia ter sido flexibilizada pela Reforma Trabalhista, sem qualquer razão justificadora, ainda que nos moldes de permissão apenas sob apresentação de atestado emitido por médico de confiança da mulher.

#### 4 COMENTÁRIOS A RECENTE DECISÃO DO STF

Em 26/04/2018, a Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos (CNTM), ajuizou a ADIn 5.938, questionando as partes finais dos incisos II e III do art. 394-A da CLT, com redação dada pela Reforma Trabalhista. O pedido de declaração de inconstitucionalidade foi fundamentado com base na afronta de dispositivos constitucionais sobre proteção à maternidade, à gestante, ao nascituro e ao recém-nascido (arts. 6º; 7º, XXXIII, 196, 201, II e 203, I, todos da CRFB); violaria ainda a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV, da CF) e o objetivo fundamental da República de erradicar a pobreza e reduzir as desigualdade sociais e regionais (art. 3º, III, da CF); desprestigiaria a valorização do trabalho humano e não asseguraria a existência digna (art. 170 da CF); afrontaria a ordem social brasileira e o primado do trabalho, bem-estar e justiça sociais (art. 193 da CF); e vulneraria o direito ao meio ambiente do trabalho equilibrado (art. 225 da CF). Aponta, ainda violação do princípio do retrocesso social. Há também pedido de liminar para suspensão da validade das partes questionadas até decisão final.

De acordo com as informações prestadas pela Câmara dos Deputados ao ser questionada acerca do tema, esta informou que a norma impugnada foi processada seguindo todos os trâmites determinados pela Constituição e pelos Regimentos Internos.

A Presidência da República informou que no pedido há incongruências. Destacou que a empregada afastando continuará percebendo o adicional de insalubridade, não havendo qualquer perda de sua remuneração que pudesse fazer com que a mulher gestante procurasse o médico de sua confiança, sendo certo que desta forma ela não estaria se colocando em perigo, bem como não haveria riscos ao nascituro. Também afirma que é possível dizer que todo trabalho insalubre acarreta riscos à saúde da mulher e do nascituro, pois para chegar a tal conclusão seria necessária a análise das condições de cada caso.

Já a Advogada-Geral da União, no mérito, pugnou pela improcedência da ação. Ratificou o argumento apresentado pela Presidência da República de que o afastamento não gera a supressão do recebimento do adicional de insalubridade.

Aduz ainda que o texto atual é mais benéfico à gestante, na medida em que esta, ainda que afastada da área insalubre, não deixa de receber o respectivo adicional. No que tange ao princípio do retrocesso social, postula que esse princípio não pode ser utilizado com caráter de imutabilidade de direitos ou de modo a imobilizar todo o sistema de proteção de direitos.

Para tal caso, o Senado Federal não se manifestou.

A Procuradora-Geral da República, no mérito, opinou pela procedência do pedido e concessão da liminar, sustentando a inconstitucionalidade material da norma. Afirma que a permissão do trabalho da gestante em ambientes insalubres em grau mínimo e médio tornou regra a exposição ao risco, “obstando as trabalhadoras e aos seus filhos a integral proteção assegurada pela Carta Magna e, ainda, desviando-se do objetivo maior das normas tutelares do meio ambiente laboral”. Aduz o retrocesso social da norma na medida em que reduzem de maneira arbitrária e injustificada o nível “de proteção à saúde, à maternidade, à infância e ao trabalho em condições dignas e seguras”.

No dia 30/04/2019, o Ministro Relator Alexandre de Moraes deferiu o pedido de liminar, sendo tal decisão amplamente divulgada pela mídia, determinando a suspensão da parte do texto legal que diz “quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação”, de ambos os incisos questionados, conforme a seguir:

(...)Diante de todo o exposto, com fundamento no art. 10, § 3º, da Lei 9.868/1999 e no art. 21, V, do RISTF, CONCEDO A MEDIDA CAUTELAR, *ad referendum* do Plenário desta SUPREMA CORTE, para suspender a eficácia da expressão “quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento”, contida nos incisos II e III do art. 394-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), inseridos pelo art. 1º da Lei 13.467/2017. Comunique-se ao Presidente da República e ao Congresso Nacional para ciência e cumprimento desta decisão. Destaco que o processo, submetido ao rito previsto no art. 12 da Lei 9.868/1999, já se encontra em condições de ser apresentado ao Colegiado, razão pela qual já foi pedida, em 18/12/2018, data para julgamento de mérito, nos termos do inciso X do artigo 21 do RISTF. Publique-se.”

Inicialmente, o Ilustre Ministro destacou a relevância do tema trazido ao debate, eis que versa especialmente sobre a tutela de direitos da empregada

gestante e da empregada lactante, além de relacionar-se diretamente também aos direitos garantidos ao nascituro e ao recém-nascido lactente.

Em seguida, o Ministro passa à análise dos requisitos necessários para a concessão da tutela de emergência, quais sejam, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, como veremos mais adiante.

Num primeiro momento, cumpre esclarecer o que são esses dois requisitos necessários e indispensáveis à concessão da tutela de emergência. Sem a presença de ambos em cada caso concreto, não é possível a concessão da medida liminar, vez que há a possibilidade de prejudicar o resultado final do processo.

O *fumus boni juris* caracteriza a fumaça do bom direito. É o sinal de que existe ali um direito pleiteado, que pode ser analisado de plano, sem a necessidade de comprovação que o mesmo de fato existe. Basta a mera suposição de verossimilhança para que seja aplicado ao caso em tela.

Já o *periculum in mora* caracteriza o perigo na demora. Isso significa dizer que, se aquela medida não for concedida naquele momento e for esperar todo o andamento do processo legal, há o risco de causar um dano grave e irreversível ao bem para o qual se busca tutela.

Desta feita, estando presentes ambos os requisitos nos casos concretos, é possível a concessão de medida liminar sem a análise profunda de provas. Em alguns casos, a decisão é concedido inclusive sem a oitiva da parte contrária, tamanho é o risco da demora e presente a possibilidade do direito.

No presente caso, em sua decisão, sustenta que há a presença do *fumus boni juris*, vez que o citado texto legal expõe as empregadas gestantes a atividades insalubres e impõe a elas o ônus de apresentar atestado médico para afastamento. Neste sentido, defende que a CF/88 protege a maternidade, garantindo segurança no emprego (art. 6º), além de proteger o mercado de trabalho da mulher (art. 7º, XX e XXII). A partir disso, afirma que a proteção da mulher grávida em relação ao trabalho insalubre “caracteriza-se como importante direito social instrumental protetivo tanto da mulher, quanto da criança, pois a *ratio* das referidas normas não só é salvaguardar direitos sociais da mulher, mas também, efetivar a integral

proteção ao recém-nascido, possibilitando sua convivência integral com a mãe, nos primeiros meses de vida, de maneira harmônica e segura e sem os perigos de um ambiente insalubre, consagrada com absoluta prioridade, no artigo 227 do texto constitucional, como dever inclusive da sociedade e do empregador”.

Afirma ainda que “a imprescindibilidade da máxima eficácia desse direito social – *proteção a maternidade* –, portanto, também decorre da absoluta prioridade que o art. 227 do texto constitucional estabelece de *integral proteção à criança*, inclusive ao recém-nascido. Na presente hipótese, temos um direito de dupla titularidade”.

Conclui-se, portanto, que o Ministro defende, no caso em tela, um direito único que atinge diretamente duas pessoas de forma simultânea e com uma só ação, tendo em vista resguardar a proteção tanto à mãe quanto ao bebê que está sendo gerado e mesmo ao recém-nascido.

Alexandre de Moraes afirma ainda em sua decisão que “a proteção a maternidade e a integral proteção à criança são direitos irrenunciáveis e não podem ser afastadas pelo desconhecimento, impossibilidade ou a própria negligência da gestante ou lactante em juntar um atestado médico, sob pena de prejudica-la e prejudicar o recém-nascido”.

Para sustentar sua tese, Moraes afirma que a jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal reconhece a importância da proteção à maternidade e à saúde, conforme pode ser visto no julgamento do RE 629.053, apresentado a seguir:

Decisão: O Tribunal, apreciando o tema 497 da repercussão geral, por maioria, negou provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: “A incidência da estabilidade prevista n art. 10, inc. II, do ADCT, somente exige a anterioridade da gravidez à dispensa sem justa causa”, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, Redator para o acórdão, vencido do Ministro Marco Aurélio, Relator. Falou, pela recorrente, o Dr. Flávio Calichman. Impedida a Ministra Rosa Weber. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Cármen Lúcia. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 10.10.2018.

No julgamento trazido alhures, no voto do próprio Ministro ele consignou “que o conjunto dos Direitos sociais foi consagrado constitucionalmente como uma das

espécies de direitos fundamentais, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV da Constituição Federal.”

Há ainda, confirmando a tese apresentada por Alexandre de Moraes na ADIn em comento, mais uma confirmação da proteção especial dada à mulher, desta vez presente na apreciação do tema 973 de repercussão geral (RE 1.058.333, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 21/11/2018), no qual a Suprema Corte fixou a seguinte tese:

É constitucional a remarcação do teste de aptidão física de candidata que esteja grávida à época de sua realização, independentemente da previsão expressa em edital do concurso público.

Com base em todo o exposto, o Ministro afirma que a previsão de afastamento automático da empregada gestante somente de ambientes insalubres em grau máximo contraria toda a jurisprudência e entendimento já fixado e reiterado pela Corte.

O perigo da demora está presente pelo fato das expressões impugnadas permitirem o trabalho da gestante e lactante em local insalubre, o que deve desde logo ser obstado. Ainda que o texto permita o afastamento, a empregada deverá apresentar prova documental da necessidade de trabalhar exclusivamente em local salubre, o que desfavorece o cumprimento da proteção determinada pelo texto constitucional. Tal determinação traz um ônus direto à empregada, já que ela deverá demonstrar, de forma documental, a presença da circunstância ensejadora do afastamento.

## 5 CONCLUSÃO

Considerando a análise da constitucionalidade do artigo 394-A da lei 13.467/2017, buscou-se com essa monografia, compor algumas considerações acerca da inconstitucionalidade do citado dispositivo legal.

Inicialmente, tal texto não encontra amparo legal em nenhuma norma do ordenamento jurídico externo, especialmente àquelas ratificadas pelo Brasil. Como visto, a OIT busca a proteção do trabalho e a justiça social, desenvolvendo mecanismos de proteção especial a mulher na medida das diferenças biológicas e mesmo sociais que esta tem com os homens. De igual modo, a ONU também busca a proteção da mulher, com destaque especial para a criação da ONU Mulheres, que visa a efetividade dos direitos humanos garantidos às mulheres.

Além disso, numa análise mais detalhada da nossa atual Constituição Federal, foi possível perceber a primazia em defender os direitos humanos, em garantir igualdade para todos e ainda em defender e proteger o trabalho como necessidade primordial do ser humano. Há também especial proteção à família, à maternidade e ao nascituro e, por consequência, proteção específica para as empregadas gestantes, garantindo a criação de mecanismos que protejam esses institutos, com destaque para os mecanismos que visam diminuir possíveis preconceitos na contratação da mulher em virtude das diferenças existentes entre ela e os homens.

A partir de então, é possível vislumbrar que o artigo 394-A da CLT, da maneira que se encontra redigido atualmente, não encontra amparo também em nossa Constituição Federal, na medida em que traz prejuízos à saúde da mulher e do nascituro e viola diretamente as garantias constitucionais de proteção ao trabalho da gestante e o direito à saúde do nascituro. Vale destacar que anteriormente à Reforma Trabalhista, o labor da gestante em ambiente insalubre era expressamente proibido em qualquer grau de insalubridade, caracterizando ainda o retrocesso social.

Importante ressaltar que, além de todo o exposto, conferir a mulher e, subsidiariamente ao médico, o ônus de provar a necessidade do afastamento não

parece ser razoável por dois motivos principais. Primeiro, que a possibilidade de o médico conhecer o ambiente de trabalho da empregada gestante é quase zero. Pensando num ambiente industrial, por exemplo, que parece ser o mais distante da realidade de um médico, é provável que, ainda que este esteja com diversos documentos em mãos, não consiga compreender a extensão da insalubridade e da possibilidade do dano.

Em segundo lugar, como já tratado, a Lei 13.467/2017 permite, em seu artigo 611-A, que a fixação do grau de insalubridade se dê por meio de acordo ou convenção coletiva e não determinou qualquer condição para isso. Assim, é possível que existam casos em que o ambiente é insalubre em grau máximo, porém será enquadrado como grau mínimo por força da norma coletiva. Nessa hipótese, as chances de o médico se enganar quanto ao grau de riscos para saúde da gestante e do nascituro aumentam ainda mais.

Por fim, o STF já se posicionou com relação ao artigo 394-A da CLT, suspendendo em decisão liminar seus efeitos, no que tange a permissão do trabalho da empregada gestante em ambiente insalubre. Tal decisão corrobora o entendimento de que esse novo texto não possui qualquer amparo constitucional, devendo, no momento oportuno, ser considerado inconstitucional e suspenso de forma definitiva.

## 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **A Organização Internacional do Trabalho e a proteção aos Direitos Humanos do trabalhador**. Julho de 2017. Disponível em: [http://ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2510&revista\\_caderno=25](http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2510&revista_caderno=25) acesso em 28/04/2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>, acesso em 28/04/2019

BASTOS, Celso Ribeiro, e Carlos Ayres de Brito. **Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo, Ed. Saraiva, 1982.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.938, ajuizada pela Confederação Nacional do Trabalhadores Metalúrgicos**. Plenário. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília-DF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5447065>. Acesso em 02/05/2019.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

\_\_\_\_\_. **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher**. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discrimulher.htm>. Acesso 28/04/2019

\_\_\_\_\_. **Decreto legislativo nº 93, de 14/11/1983**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1980-1987/decretolegislativo-93-14-novembro-1983-360751-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em 28/04/2019.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 1.254, de 29 de setembro de 1994.** Brasília, DF: Presidência da República.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996 – Convenção Interamericana para Prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher (convenção de Belém do Pará).** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1996/D1973.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm). Acesso em 28/04/2019.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 89.460, de 20/03/1984.** Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-89460-20-marco-1984-439601-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 28/04/2019.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do trabalho.** Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 1º de maio. 1943.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.** Brasília, DF: Congresso Nacional, 13 de julho de 2017.

\_\_\_\_\_. **Medida Provisória nº 888, de 14 de novembro de 2017.** Altera a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF, 14 de novembro de 2017.

CALVO, Adriana. **Manual de Direito do Trabalho.** 3ª edição. 2016. São Paulo, Saraiva.

CAVALCANTE, Lygia Maria Godoy Batista. **A dignidade da pessoa humana como norma principiológica de aplicação no Direito do Trabalho.** In: Direitos Humanos. Essência do Direito do Trabalho. (Colaboradores: Alessandro da Silva; Jorge Luiz Souto Maior; Kenarik Boujikian Felipe; Marcelo Semer). São Paulo: LTr, 2007.

**Declaração e Programa de Ação de Viena.** Conferência Mundial sobre Direitos Humanos. Viena, 14-25 de junho de 1993. In: Portal De Direito Internacional.

DELGADO, Gabriela Neves. **O direito fundamental ao trabalho digno.** São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do trabalho.** 16ª edição, 2017. São Paulo; LTr, p. 213

DELGADO, Mauricio Godinho. **Direito coletivo do trabalho**. 7ª edição. São Paulo. LTr, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil, com os comentários à lei n. 13.467/2017**. 2017. São Paulo. LTr.

FILHO, Ives Gandra Martins. **Evolução do direito do trabalho no Brasil**. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,evolucao-do-direito-do-trabalho-no-brasil,70002080786>. Acesso em 01/05/2019.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O Neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito**. São Paulo, Saraiva, 2014.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Reforma Trabalhista**. 2ª edição. Salvador. JusPODVIM. 2017.

GUERRA, Sidney. **Curso de Direito Internacional Público**. 11ª edição. São Paulo: Saraiva. 2017.

HENKIN, Louis. **International law: politics, values and principles**. Boston: Martinus Nijhoff, 1990.

HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid: Dykinson, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 4ª edição, trad. de João Baptista Machado. Coimbra, Armênio Amado. 1979.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7ª edição. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 10ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim. **Flexibilização do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1991.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 2ª edição. São Paulo: LTr, 1998.

ONU MULHERES. **Sobre a ONU Mulheres.** Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/onu-mulheres/sobre-a-onu-mulheres/>. Acesso em 28/04/2019

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Constituição da Organização Internacional do Trabalho e Declaração de Filadélfia.** Montreal, 1946. Disponível em: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/genericdocument/wcms\\_336957.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/genericdocument/wcms_336957.pdf). Acesso em 30/04/2019.

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

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Proteção a maternidade.** In: FRANCO FILHO, Georgeonor de Sousa (Coord.) Trabalho da Mulher: homenagem a Alice Monteiro de Barros. São Paulo: LTr, 2009.

PIOSEVAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 14ª edição. São Paulo. Saraiva, 2013.

RAMOS, Izabel Christina Baptista Queiróz Ramos. **A Reforma Trabalhista e o Trabalho da Mulher.** In: Reforma Trabalhista na Visão de Procuradores do Trabalho (Coord.: COSTA, Ângelo Fabiano Faria da; MONTEIRO, Ana Cláudia Rodrigues Bandeira; NETO, Silvio Beltramelli), Ed. JusPODIVM. Salvador, 2018.

Revista da EMERJ, v.3. n. 11, 2000. Disponível em: [http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista11/revista11\\_155.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista11/revista11_155.pdf). Acesso em: 28/04/2019.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar.** 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

SALES, Fernando Augusto e Marcel Kleber Mendes. **Direito do Trabalho de A a Z.** 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

SEVERO, Valdete Souto. **Reforma Trabalhista: Um Retrocesso dos Direitos Sociais.** Entrevista em Panorama Internacional: Volume 3, nº 2, 2018. Disponível

em: <http://panoramainternacional.fee.tche.br/article/reforma-trabalhista-um-retrocesso-dos-direitos-sociais/>. Acesso em 01/05/2019

SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 1987.

ZIMMERMANN, Cirlene Luiza. **A reforma trabalhista e os impactos no meio ambiente de trabalho: jornada de trabalho e adicional de insalubridade**. *In: Reforma Trabalhista na Visão de Procuradores do Trabalho* (Cord.: COSTA, Ângelo Fabiano Faria da; MONTEIRO, Ana Cláudia Rodrigues Bandeira; NETO, Silvio Beltramelli), Ed. JusPODIVM. Salvador, 2018.