

**X ENCONTRO INTERNACIONAL DO
CONPEDI VALÊNCIA – ESPANHA**

**DIREITO DO TRABALHO E EFICÁCIA DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS NO MEIO AMBIENTE
DO TRABALHO**

MARIA AUREA BARONI CECATO

NORMA SUELI PADILHA

FERNANDO FITA ORTEGA

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 Napolini - 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 - UNIVEM – 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 – Goiás

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 - Unicuitiba – 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

D598

Direito do trabalho e eficácia dos direitos fundamentais no meio ambiente do trabalho [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/2020

Coordenadores: Fernando Fita Ortega; Maria Aurea Baroni Cecato; Norma Sueli Padilha – Florianópolis: CONPEDI, 2020 / Valência: Tirant lo blanch, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-011-4

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

Tema: Crise do Estado Social

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. X Encontro Internacional do CONPEDI Valência – Espanha (10:2019 :Valência, Espanha).

CDU: 34

X ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI VALÊNCIA – ESPANHA

DIREITO DO TRABALHO E EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

Apresentação

No âmbito de uma parceria estabelecida entre Espanha e Brasil, constando de um projeto desenvolvido no X Encontro Internacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, realizado na Universidade de Valência, de 4 a 6 de setembro de 2019, os textos abaixo arrolados foram apresentados e debatidos junto ao Grupo de Trabalho (GT) intitulado “Direito do Trabalho e eficácia dos direitos fundamentais no meio ambiente do trabalho”.

As apresentações e os debates se colocam, assim, em considerações gerais sobre direitos fundamentais laborais e sua evolução, segundo o texto de apresentação, abaixo transcrito, elaborado pelos coordenadores do GT.

Os direitos fundamentais laborais e sua evolução: considerações gerais

1. A origem e o desenvolvimento dos direitos sociais nas Constituições.

A proclamação constitucional dos direitos sociais, como direitos fundamentais, surgiu sempre vinculada a fenômenos traumáticos, em um intento de “vertebração” das sociedades que deles foram vítimas. Assim aconteceu com o reconhecimento desses direitos no âmbito do que veio a ser denominado Constitucionalismo social¹, o que significa, nas palavras de MONEREO, a pretensão político-institucional de colocar a economia a serviço da sociedade, ao incorporar os direitos sociais nas constituições, garantindo, de forma efetiva, os direitos fundamentais mediante a realização de políticas redistributivas de riqueza e a democratização e “pluralização” da ordem política e socioeconômica.²

Igualmente aconteceu com a consolidação dos direitos sociais nos textos constitucionais, cuja expressão nas Constituições européias ocorreu nos anos imediatamente após a Segunda Guerra Mundial em áreas não sujeitas a ditaduras³, ou após a queda destas.⁴ Uma característica comum dessas constituições é a exaltação dos valores sociais como espinha dorsal do novo marco jurídico que deverá reger a sociedade, como resta compreendido de seus primeiros artigos⁵, com o objetivo de estabelecer sociedades que possam conviver em paz e harmonia através da estabilidade social.

Juntamente com os direitos sociais, as constituições também reconhecem os direitos econômicos, entre os quais, como referência, destaca-se o princípio da liberdade de empresa, que faz parte do desenho econômico constitucional, integrando a chamada constituição econômica que, normalmente (e, em todo o caso é assim que ocorre na Espanha) se configura como constituição aberta e não está sujeita a modelos econômicos fixos.⁶

2. A revisão dos direitos fundamentais à luz do princípio da liberdade de empresa: o caso espanhol no contexto europeu.

Pois bem, em que pesem as dificuldades que existem para reconhecer a liberdade de empresa como um direito fundamental, o certo é que a liberdade de empresa, como as demais liberdades de mercado, compartilham mecanismos processuais e garantias institucionais de máxima proteção jurídica outorgada aos direitos fundamentais nas jurisdições nacionais⁷. E se um direito vale juridicamente o que valem suas garantias⁸, vale assinalar que aquelas que estão sendo colocadas, nos últimos tempos, em defesa do princípio da liberdade de empresa, são maiores do que as que protegem os direitos fundamentais dos trabalhadores, como resultado dos momentos atuais caracterizados pela globalização econômica e pelo triunfo das políticas neoliberais (muito mais paleoliberais, nas palavras de JAVIER DE LUCAS).⁹

Como parte da constituição econômica, a liberdade de empresa se modula em virtude de um critério de caráter econômico – economia de mercado ¹⁰ – na qual a defesa da concorrência constitui um pressuposto e um limite necessário dessa liberdade (Sentença do Tribunal Constitucional 208/1999). A defesa da competência supõe, pois, um critério de ponderação a ser considerado na hora da avaliação do ordenamento jurídico, incluídos os limites aos direitos fundamentais dos trabalhadores. ¹¹

Nessa situação se apresenta um difícil equilíbrio entre a economia de mercado e a configuração dos países como estados sociais, uma vez que a intervenção econômica das autoridades públicas para defender os valores sociais poderia configurar um prejuízo para a defesa da concorrência. É, como VIERA ÁLVAREZ¹² aponta, uma questão de limites. Limites por excesso e por padrão. Por excesso, dado que a Constituição não permite um sistema de mercado puro, com uma economia altamente liberalizada, tanto porque a Espanha se constitui como um Estado social, como também em razão do reconhecimento de uma iniciativa econômica para o Estado.¹³

Por padrão, porque o mercado não pode ser alterado, tornando-se uma economia planejada e centralizada; há uma intervenção das autoridades públicas, embora o coração do modelo esteja na iniciativa privada.

No entanto, em um contexto de emergência de espaços político-econômicos regionais, que implicam a superação do Estado-Nação em virtude de parâmetros.

essencialmente econômicos¹⁴, e a forte presença de políticas neoliberais, a defesa dos direitos sociais fundamentais foi enfraquecida em razão da preeminência que foi dada aos parâmetros próprios da economia. Assim tem ocorrido na União Europeia, onde as quatro liberdades comunitárias instrumentais para a criação do mercado único - livre circulação de pessoas, bens, serviços e capital - exigem a criação de um sistema econômico que garanta, para seu funcionamento, livre concorrência real e eficaz.

Não é de surpreender, portanto, que, na tentativa de constitucionalizar uma série de direitos e princípios no nível da comunidade, juntamente com certos direitos sociais, seja coletada a liberdade da empresa¹⁵, que foi entendida como constitucionalização da «Economia social de mercado», que implica limitações importantes ao intervencionismo político-econômico típico do estado social contemporâneo¹⁶. O direito originário da União Européia estaria, portanto, integrando uma constituição material, forte, na qual os direitos sociais são integrados de maneira frágil, passando a ser considerados barreiras não-tarifárias ao mercado livre, assim como aconteceu com os direitos de greve e negociação coletiva em sentenças do Tribunal de Justiça da União Europeia em sentenças como as proferidas em Albany, Viking, Laval ou Ruffert.

Desse modo, aparece um modelo social europeu, definido em contraposição ao Estado social, começando a falar de um modelo de solidariedade competitiva que substituiria o da solidariedade distributiva, subtraindo da esfera da solidariedade do Estado as políticas de integração em matéria social ao impor-se a subordinação dos direitos sociais ao mercado.¹⁷

Em definitivo, a lógica seguida pela União Européia vem se situando na manutenção de uma economia saneada e competitiva, respeitando o princípio da livre concorrência, como instrumento para a melhoria das condições de vida e de trabalho seguindo o entendimento de que a melhoria social derivaria naturalmente do progresso social. Assim, um Estado de competição econômica que faria a lógica econômica prevalecer sobre a social, revendendo os direitos sociais, estaria substituindo a forma política do Estado social.¹⁸ Tudo isso levaria ao surgimento de um novo conceito de cidadania, a cidadania do consumo, fundada no mercado, que resultaria do entendimento de que o avanço social é alcançado a partir dos benefícios que os cidadãos europeus podem lograr como consumidores e como resultado de produção mais eficiente e concorrência mais intensa.¹⁹

Como resultado da globalização econômica e da submissão – e, em muitos casos, da conivência – do poder político ao poder econômico, os Estados limitaram suas possibilidades de intervenção na tutela dos direitos sociais.²⁰ Portanto, a defesa dos valores sociais deve ser impulsionada no plano internacional ou pelo desenvolvimento de novos mecanismos de proteção transnacional, ou seja, estabelecendo a resposta da defesa social na mesma esfera em que sua ameaça se move. ²¹

Nesse sentido, é importante reconhecer que, apesar do forte condicionamento da economia, em um espaço supranacional, como o da União Européia, houve alguns avanços importantes na garantia dos direitos fundamentais no sistema jurídico. Isso aconteceu em questões relacionadas à segurança e saúde no trabalho, nas quais a jurisprudência trabalhista do Tribunal de Justiça em termos de tempo de trabalho estendeu as garantias dos trabalhadores além do imaginável, atendendo a tradição jurídica dos diferentes Estados membros. O mesmo aconteceu em outras matérias, como com o reconhecimento e fortalecimento dos direitos à informação e consulta; a proibição de discriminação (apesar da hierarquia que pode ser encontrada na proteção de certos motivos discriminatórios e a falta, em muitos casos, de mecanismos eficazes de proteção) ou a proteção da privacidade derivada da proteção de dados.

E ainda, dadas as terríveis conseqüências das políticas econômicas na fase de crise iniciada em 2018 (distanciamento do cidadão do projeto europeu, traduzido no auge dos nacionalismos e na contestação à própria existência da União, que está se estendendo por todo o espaço geográfico) no ano de 2017, foi apresentada a proposta de criação de um pilar europeu dos direitos sociais ²², que busca servir de guia para alcançar resultados sociais e de emprego eficientes para responder aos desafios atuais e futuros, a fim de garantir uma melhor regulamentação e aplicação dos direitos sociais, satisfazendo as necessidades essenciais da população que expressando os princípios e direitos essenciais para o bom e justo funcionamento dos mercados de trabalho e sistemas de bem-estar na Europa do século XXI. ²¹.

No entanto, resta pendente a necessidade de promover a proteção de outros direitos trabalhistas consolidados, bem como de estender essa mesma tutela ao plano internacional. Para isso, é imprescindível fortalecer a eficácia jurídica dos tratados internacionais ratificados pelos distintos Estados, que vêm sendo ignorados nos últimos tempos de crise econômica, elevando esta última ao parâmetro de interpretação constitucional²⁴ assim como exceção ao cumprimento das obrigações impostas pelas normas internacionais. ²⁵

Nesse sentido, cobram especial significação as iniciativas para a criação de um direito transnacional, como no caso da lei francesa nº 2017-399, de 27 de março de 2017, sobre o dever de fiscalizar as principais empresas em relação ao cumprimento de certos padrões laborais, por parte das empresas de terceirização – ainda que estejam localizados no exterior, sob outra codificação legal –, o que significa uma medida de responsabilidade social corporativa, voluntária para as empresas, na tentativa de garantir direitos sociais de trabalhadores que não são cidadãos do país que adota a medida.

3. Considerações acerca do contexto brasileiro no que concerne aos direitos fundamentais e à liberdade de empresa.

Embora com alguma limitação de amadurecimento político em relação à Europa (e aqui fala-se da Europa da época do estabelecimento dos direitos sociais, portanto, a Europa tradicional e juridicamente não estruturada em um ordenamento supranacional), o Brasil seguiu, em parte, o modelo europeu de construção de um Estado social. E o fez, assim como o fizeram outros países da América Latina e até mesmo de outras partes do mundo. Mas, claro, esse quadro foi também influenciado por outros fatores, econômicos, culturais e políticos, locais e regionais.

Tratou-se, sem dúvida, de um momento histórico de nova compreensão de como a sociedade deveria ser estruturada. Ao menos em termos mais ideais (e menos concretos), tratava-se de edificar o espaço de todos, o que implicava em reduzir desigualdades, no intuito da inclusão social. Esse conceito não desapareceu, mas cedeu lugar à preeminência da liberdade de empresa, restando desequilibrado o cotejo.

Vale considerar que o Brasil foi signatário do Tratado de paz da Primeira Guerra Mundial (Tratado de Versailles) e, nessa condição tornou-se, desde então, membro da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Essa foi uma das razões pelas quais ele esteve, desde o início, no contexto da criação de normas de proteção ao trabalhador e da compreensão de princípios que semeavam, desde então, o ideal do Constitucionalismo social.

Todavia, a primeira Constituição social brasileira data de 1934, quase vinte anos depois da Constituição social Mexicana, de 1917 e da Constituição de Weimer (1919). Isso, entretanto, não é o fato mais significativo porque, em períodos de autoritarismo, que foram muitos e relativamente longos, permaneceram os direitos laborais individuais, mas os coletivos – por óbvio, de cunho mais fortemente políticos e econômicos – foram extintos ou reduzidos, o que manteve os sindicatos em uma relativa inércia.

Na sequência, destaca-se a atual Constituição (de 1988) pós queda do regime civil-militar de 1964 a 1985. Esse texto constitucional é, sem dúvida, uma construção democrática “livre, justa e solidária, fraterna, pluralista e sem preconceitos”, destinada a “assegurar o exercício dos direitos sociais...” (Preâmbulo da Constituição Federal Brasileira) e a dignidade da pessoa humana (Artigo 1 da C.F.B.) Nela, um espaço considerável foi destinado aos direitos sociais e, no âmbito destes, notadamente, aos laborais. Como suporte desse intento, a Ordem Econômica (Artigo 170 da C.F.B.) foi “fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa” com o fito de garantir “a todos existência digna”. De outro lado, é sustentada por princípios, dos quais devem ser destacados a “função social da propriedade” (e, assim, também a da empresa), a busca do pleno emprego e a livre concorrência.(Artigo 170 da C.F. B.). São todos princípios que embasam direitos fundamentais que devem garantir a tutela do trabalhador e a liberdade das empresas de se estabelecerem, pela livre iniciativa, como entenderem apropriado, exceto no que respeita a limites estabelecidos por lei.

Nos últimos tempos, todavia, o cotejo entre a liberdade de empresa e a proteção aos direitos fundamentais laborais, resulta numa clara inclinação de ganho para a primeira. Este é o contexto brasileiro que hoje se coloca na vanguarda dos países latinoamericanos: há uma nítida propensão para a valorização da liberdade da empresa em detrimento da proteção dos direitos dos trabalhadores. E, conquanto se saiba da existência de uma tendência mundial no sentido de precarizar direitos laborais e sociais em geral, resta uma diferença relevante de correlação de forças nos diversos ordenamentos jurídicos.

Em termos substantivos, a concretização maior dessa tendência é a recente Reforma Trabalhista (Lei 13.467 de 2017). Esse novo estatuto reduz fortemente a tutela do trabalhador, visando permitir às empresas fácil adequação ao quadro concorrencial mundial (expandida pela mundialização econômica). Assim, restam atendidas as necessidades das empresas, mas, sobretudo, seus interesses.

Apenas a título exemplificativo, destaca-se, nessa nova regulamentação, a prevalência do negociado sobre o legislado, o que reduz o espaço dos sindicatos e leva à negociação direta entre patrão e empregado, representando grande risco para a efetividade dos direitos trabalhistas. Aliás, se contratos entre patrão e empregados fossem isentos da preeminência da vontade do primeiro sobre a do segundo, jamais se teria tido necessidade de estabelecer normas tutelares para a dignidade do trabalhador. E, como não poderia deixar de ser, esse quadro é agravado pelos efeitos negativos da globalização econômica que impacta as condições de trabalho em todo o mundo.

No que concerne ao procedimento adotado para aprovação da mencionada reforma, cabe ressaltar a ausência total de diálogo com os sindicatos e com a sociedade em geral, diálogo esse necessário e devido, já que a chamada “Reforma Trabalhista” não constitui, por óbvio, alterações pontuais no Direito do Trabalho brasileiro. Ao contrário, implica em mudanças estruturais nesse ramo do Direito.

O Brasil nunca pode ser realmente considerado um Estado social, conquanto tenha estabelecido direitos sociais do início do Século XX até a atualidade. E, de fato, faltavam-lhe elementos para tal, destacando-se a persistência de forte desigualdade econômica e social durante todo esse tempo. Mas, apesar de embargada por outros ideais, a depender do momento político, havia uma intenção de sê-lo.

O país se encontra, hoje, muito mais afastado dessa condição. Contribui para essa perda, o projeto, já quase toalmente aprovado, da Reforma da Previdência Social, mais um portador de fortes perdas para os trabalhadores. Relembre-se que, dentre os pilares que constituem o chamado trabalho digno (“trabalho decente” na nomenclatura da OIT) está a proteção social, forte aliada dos direitos laborais.

Esse é o quadro atual, ainda sem qualquer perspectiva de reaproximação do status anterior. Entre a liberdade da empresa e os direitos mínimos e essenciais dos trabalhadores (o que repercute na sociedade em geral), está-se diante de um quadro em que estes últimos vêm enfrentando nítidas e consideráveis perdas, situação agravada pela persistência da grande desigualdade que marca o país.

Fora dos limites geográficos de cada país – e até pelo fato de que as relações laborais são, cada vez mais, impactadas seja direta, seja indiretamente, pela intensificação da globalização econômica, – vale reiterar o que já foi mencionado acima: a defesa dos direitos sociais fundamentais deve ultrapassar as barreiras dos ordenamentos nacionais, de forma a ser impulsionada no nível internacional ou através de mecanismos de ordenamentos transnacionais. .

1. Com a primeira manifestação da Constituição Mexicana de 1917, depois da revolução iniciada em 1910 e sua continuidade com a Constituição de Weimar, de 1919, depois da sangrenta I Guerra Mundial.

2. MONEREO PÉREZ, J.L., “El constitucionalismo social europeo. Un marco jurídico-político insuficiente para la construcción de la ciudadanía social europea”. Revista Española de Derecho del Trabajo n.160/2013, p. 6 (versión electrónica).
3. É o caso, por exemplo, da Constituição Francesa de 1946 ou da Italiana de 1947.
4. Como aconteceu no caso da Constituição portuguesa de 1976 ou da Constituição espanhola de 1978. Da mesma forma, no caso das constituições latino-americanas, como a brasileira, promulgadas após a queda dos regimes ditatoriais - apoiados e promovidos a partir dos Estados Unidos da América do Norte - que impediram o avanço do reconhecimento dos direitos civis e sociais.
5. La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale (art. 1); L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro (art. 1); España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho (art. 1)...
6. Não foi este, entretanto, o caso português, já que o texto original da Constituição de 1976 se encontrava fortemente marcado por uma ideologia socialista.
7. LLOBERA-VILA, M. “Aproximación al proceder hermenéutico del TJUE: Libertad de empresa, libre competencia y constitución del trabajo”, Lex Social, vol. 7, nº. 1 (2017) p. 219.
8. TORRES DEL MORAL, A. (1991), Estado de Derecho y democracia de partidos, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, p. 230.
9. Conferência inaugural do CONPEDI, Valencia 4 de setembro de 2019.
10. Reconhece-se a liberdade de empresa no marco de uma economia de mercado, estabelece o artigo 38 da Constituição Espanhola.
11. Limitando-se direitos sociais fundamentais como o da negociação coletiva, ao, por exemplo, declarar-se contrárias à competência certas cláusulas das convenções coletivas limitativas do recurso à externalização produtiva. Sobre esse particular, veja-se AA.VV., “La aplicación de la Ley de defensa de la competencia a los convenios colectivos”, en AA.VV. (Dir. GOERLICH PESET, J.M., Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho a la competencia. Consejo Económico y Social. Madrid, 2001, pp. 281-393.

12. VIERA ALVAREZ, C., “La libertad de empresa y algunos límites desde la perspectiva del Estado social” Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, n. 21, 2010-I, p. 220.

13. O artigo 38 da Constituição Espanhola dispõe: Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

14. Vale lembrar que a criação da União Europeia surge a partir da aspiração da criação de un Mercado Único.

15. Artículo 16 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: “se reconoce la libertad de empresa de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales”.

16. MONEREO PÉREZ, J.L., “El constitucionalismo social europeo...”. cit, p. 13.

17. VIERA ALVAREZ, C., “La libertad de empresa y algunos límites desde la perspectiva del Estado social” cit., p. 212.

18. MONEREO PÉREZ, J.L., “El constitucionalismo social europeo...”. cit, p. 4.

19. LLOBERA-VILA, M. “Aproximación al proceder hermenéutico del TJUE: Libertad de empresa, libre competencia y constitución del trabajo”, cit., pp. 224-225.

20. Possibilidades que no caso espanhol estão incluídas, entre outros, nos artigos 9, 33, 40, 128, 131 da Constituição, onde está estabelecido: a obrigação do poder público de remover os obstáculos para que a igualdade dos indivíduos e dos grupos em que estão integrados sejam reais e eficazes, bem como promovam condições favoráveis ao progresso social e econômico e a uma distribuição mais equitativa da renda regional e pessoal; a função social da propriedade privada; a subordinação da riqueza do país, em suas diferentes formas e qualquer que seja sua propriedade, ao interesse geral, reconhecendo a intervenção pública na economia em defesa desse interesse; a possibilidade de planejar a atividade econômica geral para atender as necessidades coletivas, equilibrar e harmonizar o desenvolvimento regional e setorial e estimular o crescimento da renda e da riqueza e sua distribuição mais justa.

21. FITA ORTEGA, F. y NAHAS, T., “La necesidad de una nueva internacionalización, o supranacionalidad, para asegurar la efectividad de la gobernanza de las relaciones de trabajo”, en El futuro del trabajo: cien años de la OIT” Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. Colección informes y estudios, Serie General, n.º. 23, 2019, pp. 1653-1667.

22. Que, no momento, se materializou na aprovação da Diretiva (UE) 2019/1152 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, relativa a condições de trabalho transparentes e previsíveis na União Europeia e na criação pelo Regulamento 2019/1149 de um novo órgão, a Autoridade Europeia do Trabalho, que garante que as disposições europeias sobre mobilidade laboral sejam aplicadas de forma justa, simples e eficaz.

23. Apartados 12 y 13 do Pilar europeo de direitos sociais.

24. Como aconteceu no caso das sentenças constitucionais espanhóis 119/2014 e 8/2015, que analisaram a constitucionalidade das reformas trabalhistas espanholas de 2012.²⁵ Como foi o caso, por exemplo, da denúncia apresentada a certas medidas do Governo grego perante o Comitê Europeu dos Direitos Sociais por violações de certas obrigações impostas pela Carta Social Europeia (Reclamação n.º 65/2011) e sobre as quais o Governo respondeu admitindo a não conformidade, indicando que se tratava de uma não conformidade temporária e que reverteria a situação assim que a situação econômica permitisse (GR-SOC (2012) CB5, 5 de novembro de 2012).

Valência (ES); João Pessoa (BR); Florianópolis (BR), 16 de setembro de 2019

Prof. Dr. Fernando Fita Ortega – Universidade de Valência (UV)

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato – Universidade Federal da Paraíba (UFPB)

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

REFORMA TRABALHISTA E A GESTANTE NO TRABALHO INSALUBRE
LABOR REFORM AND PREGNANT WOMAN IN UNHEALTHY WORK

Neide Aparecida de Souza Lehfeld

Resumo

O presente artigo vai de encontro a uma dúvida ainda vivenciada por muitas mulheres nos dias de hoje, a gestação e a carreira. Tem por objetivo central analisar a constitucionalidade do trabalho da gestante em ambientes insalubres, conforme determinado pela Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/17). O trabalho, baseado na pesquisa bibliográfica e documental, sob o método hipotético-dedutivo, demonstra a proteção constitucional do trabalho, em especial da mulher gestante, como direito fundamental, conforme preceituam os arts. 1º, III; 6º; 170 e 227 da Constituição Federal.

Palavras-chave: Reforma trabalhista, Insalubridade, Gestantes, Trabalho

Abstract/Resumen/Résumé

The present article goes against a doubt still experienced by many women today, gestation and career. Its main objective is to analyze the constitutionality of the pregnant woman's work in unhealthy environments, as determined by the Labor Reform (Law 13467/17). The work, based on bibliographical and documentary research, under the hypothetical-deductive method, demonstrates the constitutional protection of work, especially of pregnant women, as a fundamental right, according to the arts. 1, 3; 6; 170 and 227 of the Federal Constitution.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Labor reform, Unhealthiness, Pregnant woman, Work

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo geral demonstra a evolução do direito do trabalho da mulher e o quanto este sofreu alterações ao longo do tempo, em especial quanto à mulher gestante e suas condições laborais, como em situações de insalubridade. Com a conquista cada vez maior das mulheres em postos de trabalho, o sistema protetivo trabalhista deve passar por uma ampla revisão, no intuito de não só oportunizar a empregabilidade, mas garantir a isonomia de tratamento e as condições dignas de trabalho, em especial quanto à sua condição de mãe, que também merece respeito e, portanto, tutela constitucional e legal.

Ao longo dos anos a mulher vem passando por grandes obstáculos para alcançar seu lugar na sociedade e, conseqüentemente, no mercado de trabalho. No Brasil, com a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) de 1943, as mulheres galgaram na seara normativa atenção especial no ambiente de trabalho, o que foi reproduzido, em sua grande parte, na Constituição Federal de 1988, quanto, principalmente, na igualdade de tratamento em relação aos homens, direitos inerentes à sua condição de mãe (como licença maternidade) e uma jurisdição própria (Justiça do Trabalho). Neste sentido, os direitos sociais fundamentais, além de exigir do Poder Público políticas públicas voltadas para o trabalho digno, também é de observância obrigatória nas relações trabalhistas, em virtude da hipossuficiência do trabalhador frente ao poder econômico dos agentes empresariais.

Neste sentido, a proteção à maternidade é uma dos direitos mais importantes em relação à mulher, não só pela condição peculiar da criança que está sendo colocada no mundo, mas também da sua necessidade em ter de perto a figura materna. A CLT assim traz diversos dispositivos que garantem a proteção à gestante, dentre eles a proibição de trabalharem em ambientes e/ou atividades insalubres, com a exposição da empregada a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância, o que pode causar complicações ao corpo humano ao longo do tempo.

Porém, com a chegada da Lei 13.467/2017, a chamada Reforma Trabalhista, surgiu a possibilidade de a gestante trabalhar em ambiente insalubre, o que gerou discussão a respeito da sua constitucionalidade, uma vez que tal circunstância poderá proporcionar à mãe problemas à sua saúde, bem como da criança que está sendo gerada.

Neste sentido, o artigo tem por objetivo verificar, além do histórico do trabalho da mulher, as modificações trazidas pela Reforma Trabalhista quanto às condições laborais da gestante, em especial em ambientes insalubres, e a sua constitucionalidade quanto aos

princípios constitucionais e direitos sociais fundamentais. Para tal mister, foi utilizada a pesquisa bibliográfica e documental, bem como o método hipotético-dedutivo quanto à análise dos dados obtidos quando do desenvolvimento da investigação científica.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TRABALHO DA MULHER

A inclusão e trajetória da mulher no mercado de trabalho são fruto de uma transformação cultural e histórica. Desde o surgimento da humanidade as relações familiares entre homem e mulher já existiam, onde as mulheres eram criadas e educadas para obedecer e servir os homens, exercendo seu único papel na sociedade, casar e ter filhos (OST, 2009).

Com a consolidação do capitalismo no século XIX, o sistema de produção e organização do trabalho feminino teve grande mudança. O período conhecido como Revolução Industrial, em virtude do desenvolvimento tecnológico e intenso crescimento da maquinaria, fez com que boa parte da mão-de-obra dessas fábricas fosse feminina, fazendo com que os homens tivessem sua força de trabalho desvalorizada, já que mulheres e crianças custavam menos (MARTINS, 2018).

Por consequência, as mulheres recebiam baixos salários, eram obrigadas a cumprirem jornadas de 14 a 16 horas por dia, muitas vezes trabalhavam em ambientes e condições prejudiciais à sua saúde e ainda cumpriam ordens que não eram de sua obrigação apenas para não perderem o emprego. Além disto, exerciam praticamente uma nova jornada ao retornar a suas casas, pois tinham que cuidar dos afazeres domésticos e dos filhos. Para elas, à época não havia qualquer tipo de proteção na fase da gestação, ou amamentação (MARTINS, 2018).

Na Europa, no fim do século XIX, alguns movimentos feministas passaram a ganhar força. Começaram almejar maior participação política, jurídica e no mercado de trabalho, já que exerciam os mesmos trabalhos que os homens e recebiam bem menos do que eles. Finalmente as mulheres tinham rompido a barreira da inatividade e passaram a lutar pela igualdade com o sexo masculino (MELLO, 2016).

No que diz respeito aos direitos das mulheres, é de extrema importância mencionar que as greves foram um marco fundamental de sua reivindicação. Em 08 de março de 1957, aconteceu em Nova York, por exemplo, a paralisação das operárias de indústrias têxteis por uma semana, com confronto até mesmo com a polícia. Em 25 de março de 1911, por oportuno, o cenário foi ainda mais impressionante. Uma greve terminou com a morte de 146

peças, dentre elas diversas mulheres, por conta de um incêndio na fábrica *Triangle Shirtwaist Company*.

Em 1911, ocorreu um episódio marcante, que ficou conhecido no imaginário feminista como a consagração do Dia da Mulher: em 25 de março, um incêndio teve início na *Triangle Shirtwaist Company*, em Nova York. Localizada nos três últimos andares de um prédio, a fábrica tinha chão e divisórias de madeira e muitos retalhos espalhados, formando um ambiente propício para que as chamas se espalhassem. A maioria dos cerca de 600 trabalhadores conseguiu escapar, descendo pelas escadas ou pelo elevador. Outros 146, porém, morreram. Entre eles, 125 mulheres, que foram queimadas vivas ou se jogaram das janelas. Mais de 100 mil pessoas participaram do funeral coletivo (MANO, 2008, p. 02).

Desta forma, o dia 08 de março ficou conhecido mundialmente como o Dia Internacional da Mulher, por ser marco de grandes acontecimentos e lutas das mulheres por seus direitos. Com o tempo as mulheres e a sociedade foram se conscientizando que a única forma de adquirirem seus direitos seria lutando por eles, conquistando-os pouco a pouco (LENZA, 2013).

Para Mauricio Godinho Delgado (2017), o direito do trabalho no Brasil teve seu início com a promulgação da Lei Áurea. Mesmo não sendo de cunho trabalhista, estimulou a fórmula revolucionária de utilização da força de trabalho: a relação de emprego.

De 1888 a 1930, considera-se o primeiro período na evolução do Direito do Trabalho brasileiro, sendo o segmento agrícola cafeeiro a principal seara de relações empregatícias, em especial no estado de São Paulo. O segundo período foi marcado pela intensa atividade legislativa e administrativa do Estado, no segmento agroexportador de café, com início em 1930, até 1945. Vale destacar a criação do Ministério do Trabalho em 1930, sendo sua criação um marco histórico muito importante para o desenvolvimento do direito trabalhista pátrio. (DELGADO, 2017).

Quanto à proteção das mulheres pela legislação trabalhista, a chamada Consolidação das Leis Trabalhistas, em 1943, trouxe avanços na edição de normas referentes à mulher trabalhadora, com um capítulo inteiro dedicado às mulheres, na intenção de protegê-las da discriminação e preconceito, além de garantias de condições especiais de trabalho (DELGADO, 2017).

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, instituiu-se uma nova fase para o direito do trabalho no país. Foi conferido às mulheres uma nova posição no âmbito laboral, buscando a eliminação de práticas discriminatórias contra a mulher no contexto empregatício. Como se observa, no texto constitucional, o princípio da igualdade apresenta-se como um dos

fundamentos do Estado Social brasileiro, levando-se em consideração, portanto, a isonomia de tratamento, em que na realidade fática vislumbra-se garantir o devido espaço à mulher trabalhadora. À colação, neste sentido, alguns dispositivos da Constituição que justificam essa proteção:

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

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; [...]

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

Independente de sexo, todos devem ser tratados com respeito aos princípios informadores da vida social digna, sendo proibido, portanto, qualquer tipo de discriminação, principalmente no ambiente de trabalho.

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenças arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito (MORAES, 2008, p. 36).

Portanto, conforme demonstrado acima, a finalidade da CF de 1988 ao trazer o Princípio da Igualdade, foi demonstrar que todos os seres humanos são iguais perante a lei, fazendo-se essencial para alcançar o conceito de Justiça.

3 A GESTANTE E SUA PROTEÇÃO NO ÂMBITO TRABALHISTA

A participação das mulheres no mercado de trabalho contemporâneo é significativa, apesar de ainda sofrerem com a desigualdade de salários e preconceito. Não obstante, na

configuração da sociedade brasileira, por exemplo, temos um incremento de famílias cuja as mulheres são o principal pilar de sustento. Porém, um dos fatores que contribui com essa participação está relacionado, inversamente, com a quantidade de filhos, uma vez que em virtude do trabalho, há um repensar sobre a maternidade. (PEREIRA, 2017).

Assim, é fundamental que Poder Público e sociedade adotem medidas de proteção às mulheres gestantes, no intuito de possibilitar o exercício da profissão com a maternidade, em um ambiente de trabalho saudável e seguro.

Vale ressaltar que a Constituição Federal de 1988 assegura à mulher, em seu art. 6º, exercer sua função biológica quando, mesmo quando de sua inserção no mercado de trabalho, uma série de direitos fundamentais, em especial quanto à proteção da maternidade, à saúde, isonomia quanto à remuneração em igualdade de condições com o homem. (PEREIRA, 2017).

A norma constitucional, bem como a legislação trabalhista deixam claro que a maternidade merece um tratamento especial.

De par com isso, qualquer situação que envolva efetivas considerações e medidas de saúde pública (e o período de gestação e recente parto assim se caracterizam) permite tratamento normativo diferenciado, à luz de critério jurídico valorizado pela própria Constituição da República. Note-se, ilustrativamente, a esse respeito, o art. 196 que firma ser a saúde “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos...”; ou o art. 197, que qualifica como de “relevância pública as ações e serviços de saúde [...]”, além de outros dispositivos, como artigos 194, 200, I e 7º, XXII, CF/88 (DELGADO, 2017, p. 911).

Para Paulo Bonavides (2005), os direitos dos filhos exigem do Estado determinadas prestações materiais, portanto é seu dever zelar pela saúde de todos, visando à diminuição dos riscos de doenças ou outros tipos de agravos. Tal cuidado se torna obrigatório, principalmente, no período da gestação, uma vez que é o momento de desenvolvimento do nascituro.

A proteção à vida é o direito fundamental mais importante, afirma Alexandre de Moraes (2008), devendo o mesmo ser tutelado desde o momento da concepção. Ressalta-se que, de acordo com artigo 2º do Código Civil, a personalidade civil da pessoa começa a partir do seu nascimento com vida, sendo porém desde a concepção tutelado por lei os direitos do nascituro.

Preocupamo-nos com o nascituro por reconhecermos que, mesmo antes do nascimento, o maior valor do ser humano é a vida e, por isso, enfatizamos a necessidade da responsabilidade, por todos os seres humanos, pela sua tutela e proteção e, se assim não for, ficará comprometida a garantia da vida das gerações vindouras (CHAVES, 2000, p. 56).

Desse modo, “a vida é o principal direito do ser humano, cabendo ao Estado preservá-lo desde a sua concepção, sendo que nenhum interesse estatal pode superá-lo” (CHAVES, 2000, p. 57). Não há como garantir tal direito senão com a proteção à maternidade. Desta forma, as garantias previstas no ordenamento jurídico que asseguram à empregada gestante licença-maternidade, salário durante todo esse período e estabilidade no emprego não têm por objetivo conceder privilégios, mas sim garantir saúde e desenvolvimento sadio ao nascituro, o que evidentemente demanda os cuidados da mãe (gestação e amamentação), com segurança econômica decorrente da manutenção do emprego.

Neste sentido, no Habeas Corpus n. 143641/SP (Supremo Tribunal Federal), o Instituto Alana (organização em prol do direito e desenvolvimento integral da criança), na qualidade de *amicus curiae*, esclareceu sobre a importância portanto desse período gestacional para à criança em formação:

É fundamental ter em mente que o período gestacional e o momento do nascimento refletem no desenvolvimento infantil: ‘O embrião ou feto reage não só às condições físicas da mãe, aos seus movimentos psíquicos e emocionais, como também aos estímulos do ambiente externo que a afetam. O cuidado com o bem-estar emocional da mãe repercute no ser que ela está gestando. [...] Quando a mulher grávida recebe apoio emocional e material do parceiro e de outros que lhe são próximos durante todo o processo, seus sentimentos de bem-estar comunicam-se ao embrião e ao feto, favorecendo o desenvolvimento saudável do bebê (SANTOS, Marcos Davi dos et al. Formação em pré-natal, puerpério e amamentação: práticas ampliadas. São Paulo: Fundação Maria Cecília Souto Vidigal, 2014, p. 19). Assim, é importante considerar a relevância da atenção pré-natal e do cuidado com o parto, para além do acompanhamento pediátrico, e entender que violações aos direitos da mulher gestante, parturiente e mãe violam também os direitos de crianças [...].

Nesse contexto, a Lei 13.287/2016, denominada de Reforma Trabalhista, trouxe alterações significativas da CLT, em especial quanto ao capítulo de que trata a proteção do trabalho da mulher, na seção referente à proteção da maternidade. Por exemplo, quanto à proibição das trabalhadoras gestantes e lactantes laborarem em atividades, operações ou locais insalubres.

3.1 Insalubridade e a mulher gestante e lactante

O art. 189 da CLT preceitua que a insalubridade corresponde às atividades ou operações que expõem o empregado a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente, bem como do tempo de exposição aos seus efeitos (LAPA E KERTZMAN, 2018).

Para a insalubridade ser caracterizada, faz-se necessária a cumulação de dois requisitos: i) a exposição do empregado a agentes nocivos à saúde; ii) que essa exposição seja superior aos limites previstos na Norma Regulamentadora nº 15 (NR 15), expedida pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE, 1978).

A CLT, em seu art. 192, por sua vez, prevê uma porcentagem a ser paga adicionalmente ao salário do trabalhador exposto a algum tipo de risco acima dos limites de tolerância. Existem três graus/níveis de insalubridade, que podem variar de acordo com a gravidade do agente insalubre ao qual o trabalhador se submete. São eles: grau mínimo, que garante ao empregado um adicional de 10% em seu salário, grau médio, 20%; e grau máximo, 40% (LAPA E KERTZMAN, 2018).

Os agentes nocivos dividem-se em físicos, químicos e biológicos. Os primeiros são o ruído, calor, radiações, o frio e a umidade. Já os químicos são as poeiras, gases, vapores, névoas e fumos. E por fim, os biológicos, micro-organismos e as bactérias. Regina Célia Buck (2015) diferencia agentes químicos de agentes biológicos nos seguintes moldes:

[...] os agentes químicos podem ser encontrados nas formas gasosa, líquida e sólida; quando absorvidos pelo nosso organismo, por via respiratória, através da pele ou por ingestão, produzem na maioria dos casos, reações que são chamadas de venenosas ou tóxicas. Como exemplos: poeiras, fumo, neblinas, gases, névoas, vapores etc. Os agentes biológicos são micro-organismos presentes no ambiente de trabalho como bactérias, fungos, vírus, protozoários, bacilos, parasitas, entre outros. São invisíveis ao olho nu, sendo visíveis apenas ao microscópio (p.72).

A perícia é indispensável para caracterização e classificação da insalubridade, devendo ser realizada por médico ou engenheiro do trabalho, registrado no Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), conforme prevê a Súmula 460 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: “Para efeito do adicional de insalubridade, a perícia judicial, em reclamação trabalhista, não dispensa o enquadramento da atividade entre as insalubres, que é ato da competência do Ministério do Trabalho e Previdência Social”.

O trabalhador exposto a agentes insalubres sofre danos à sua saúde ao longo do tempo. Desse modo, a empregada gestante e lactante que trabalha nessas circunstâncias, acaba prejudicando também o bebê em desenvolvimento (PEREIRA, 2017).

A noção de que o organismo materno não protege totalmente o desenvolvimento embrionário de influências ambientais adversas, que prevalece desde a tragédia da talidomida, faz com que mulheres grávidas sejam, via de regra, afastadas de exposições a agentes físicos e químicos potencialmente nocivos no local de trabalho (PAUMGARTTEN, 2013, p. 1486).

Sob essa ótica, importante a análise dos locais exclusivamente insalubres, como os hospitais, em que a alternativa mais sensata seria a gestante cumprir o período gestacional em casa. Porém, esse fato poderia vir a causar preconceito e discriminação no ambiente de trabalho contra a mulher em idade fértil, pois o empregador hesitaria em contratá-la, em virtude dessa condição peculiar, havendo necessidade de contratação de substituto temporário. Desta forma, o efeito do dispositivo legal pode vir a ser contrário ao pretendido inicialmente, prejudicando assim a trabalhadora (PEREIRA, 2017).

A NR 15, em seu Anexo 14, trata da relação das atividades que envolvem agentes biológicos. Neste caso, enquadra o contato com pacientes portadores de doenças infectocontagiosas em dois graus de insalubridade, sendo o que os distingue o local onde ocorre a exposição do trabalhador. Os trabalhos ou operações em contato permanente com pacientes em isolamento por doenças infectocontagiosas e com objetos de uso destes, não previamente esterilizados, são enquadrados em grau máximo de insalubridade. Já os trabalhos ou operações de contato permanente com pacientes ou com material infectocontagioso que ocorram em hospitais, serviços de emergência, enfermarias, ambulatórios, postos de vacinação e outros estabelecimentos destinados aos cuidados da saúde humana, são considerados de grau médio (PEREIRA, 2017).

Sendo assim, mesmo que exista diferença de intensidade de insalubridade nesses locais, isso, por si só, não diminui o risco existente, mesmo porque nem sempre um paciente portador de doença infectocontagiosa é diagnosticado imediatamente (PEREIRA, 2017).

Fica claro que o trabalho da gestante em ambientes insalubres poderá afetar não só a sua saúde, mas também a do nascituro, já que será atingido com agentes contaminadores de doença (MELO, 2017).

Dessa forma, a Lei nº 13.287/2016 excluiu a possibilidade da gestante trabalhar em ambiente onde possa existir um agente danoso à sua saúde, o que contribuiu para a proteção

do próprio embrião. A referida lei acrescentou à CLT o art. 394-A, que traz a necessidade de afastamento da empregada gestante ou lactante, enquanto durar a gestação e a lactação, “de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, devendo exercer suas atividades em local salubre”. Fica claro então que a regra proibiu absolutamente o trabalho da empregada gestante em ambiente insalubre (PEREIRA, 2017).

Porém, com a chegada da Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017), a trabalhadora gestante passou a ter um tratamento diferenciado no que tange à exposição a agentes nocivos, passando a valer nova redação ao art. 394-A, da CLT:

Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de:

- I - atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação;
- II - atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação;
- III- atividades consideradas insalubres em qualquer grau, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação.

Com a mudança, o legislador passou a permitir que as empregadas gestantes e lactantes trabalhem em locais insalubres, sendo possível o afastamento da seguinte forma: se trabalhar em local insalubre de grau máximo, deve ser afastada de suas funções. Entretanto, se trabalhar em locais considerados de insalubridade de graus médio e mínimo, poderá trabalhar, sendo possível o afastamento somente com atestado emitido por médico de confiança da própria trabalhadora.

Ficou nítido a transferência de responsabilidade à gestante e a seu médico, no que tange a necessidade ou não do afastamento, sem levar em conta o desconhecimento do profissional de saúde, que emitirá o atestado, do local de trabalho de suas pacientes, e sobre as normas de segurança do trabalho quanto aos níveis de insalubridade. Cenário que pode tornar temerária a tomada de decisão exclusivamente pelo médico da gestante ou lactante (LAPA; KERTZMAN, 2018).

4 DA MUDANÇA TRAZIDA PELA REFORMA TRABALHISTA E SUA INCONSTITUCIONALIDADE

Desta maneira, era clara, nos termos da Lei n. 13.287/2016, a proteção da trabalhadora gestante, com a proibição, pelo art. 394-A, enquanto durar a gestação, do trabalho em qualquer atividade, local ou operação insalubres.

Porém, a nova redação dada pela Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017) incorre em verdadeiro retrocesso, com a permissão do afastamento da trabalhadora gestante apenas quando exposta a agentes insalubres de grau máximo. De modo que, nos outros níveis de insalubridade, o afastamento ocorrerá apenas se fundamentado por atestado médico emitido por profissional de sua confiança.

Trabalhadoras de baixa renda, por exemplo, poderão não entregar o referido laudo, já que isso pode implicar na perda de seu adicional a título de insalubridade, atitude extremamente prejudicial a gestação, em função dessa liberalidade dada pelo legislador.

É nítida a violação direta aos preceitos da Constituição Federal, uma vez que em seu art. 6º assegura aos trabalhadores os direitos sociais fundamentais à saúde e proteção à maternidade. Afronta a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, princípios norteadores, assim como à erradicação da pobreza e desigualdade, que é um dos objetivos principais do Estado, nos termos dos arts. 1º, inciso III e 3º, inciso III da Lei Maior.

Vale também destacar a afronta ao art. 170 da Constituição acerca dos fundamentos da atividade econômica, como a valorização do trabalho humano, existência digna e justiça social.

Há também a violação do direito à saúde das gestantes e de seus nascituros e recém-nascidos, resguardados pelo art. 196 da CF/88, que assegura ser dever do Estado garantir à todos o direito a saúde, mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Ou seja, aquele que deveria garantir o direito à saúde, nesse contexto, o está subtraindo.

Essa alteração dada pela Reforma Trabalhista também prejudica o direito ao meio ambiente de trabalho equilibrado, nos termos do art. 225 da CF/88.

Manifesta portanto a inconstitucionalidade da Lei 13.467/2017 quanto à alteração do art. 394-A da CLT, uma vez que exige da própria trabalhadora a providência necessária para que trabalhe ou não em local insalubre, tendo ela mesma que prover da proteção a sua saúde e

do nascituro, o qual deveria ser garantido pelo Estado. Entende-se por grande retrocesso social, segundo Sylvio e Gustavo (2007, p. 336):

[...] diversos direitos sociais previstos na Constituição exigem complementação pela legislação infraconstitucional para adquirem eficácia plena. São direitos sociais contemplados em normas constitucionais de eficácia limitada, que exigem a atuação integradora do legislador ordinário. Alguns desses direitos já foram objeto de regramento na legislação infraconstitucional, com o que o dispositivo constitucional que os contemplava adquiriu sua plena aplicabilidade. É com relação a tais direitos, cuja prescrição constitucional já foi complementada pela legislação ordinária que entra em discussão a aplicação do princípio da proibição do retrocesso social. Segundo os defensores desse princípio, o legislador ordinário, tendo uma vez regulado certo direito social não pode pretender alterar tal regramento de modo a restringir a abrangência anteriormente reconhecida ao direito em questão, ou mesmo revoga-lo da legislação ordinária.

Em relação á vedação ao retrocesso em matérias de direitos humanos, em especial direitos sociais (trabalhistas), Flávia Piovesan também esclarece que:

Da obrigação da progressividade da implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais decorre a chamada cláusula de proibição do retrocesso social, na medida em que é vedado aos Estados retroceder no campo da implementação desses direitos. Vale dizer, a progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais proíbe o retrocesso ou a redução de políticas públicas voltadas à garantia de tais direitos cabendo ao Estado o ônus da prova. Isto é, em face do princípio da inversão do ônus da prova, deve o Estado comprovar que todas as medidas necessárias – utilizando o máximo de recursos disponíveis - têm sido adotadas no sentido de progressivamente implementar os direitos econômicos sociais e culturais enunciados no Pacto (PIOVESAN, 2011, p. 235).

Uma vez conquistado, o direito deve permanecer, buscando-se, pela sociedade, sempre a sua melhoria. É a impossibilidade do retrocesso jurídico. E, a preocupação com a estabilidade do direito, garantia e sua efetivação, evitando-se a sua regressão. Cria-se uma noção mínima de existência e proíbe o retrocesso, fazendo com que o estudo dos direitos sociais ganhe força (SILVA; SILVA, 2017).

O princípio da dignidade da pessoa humana, neste sentido, compreende o trabalho digno. Para Sarlet (2012), esse princípio está em permanente reconstrução, tratando-se de uma noção histórico-cultural em permanente transformação quanto ao seu sentido e alcance, trazendo a ideia de que um ambiente laboral de bem-estar é indispensável para uma vida digna, saudável e segura.

Acerca disso, Moraes (2008) alega que as limitações aos direitos fundamentais poderão ser feitas excepcionalmente, pois constitui um invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar.

Celso de Mello, em voto proferido no julgamento de Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, sobre o tema, esclarece que:

A noção de mínimo existencial, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revelasse capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação, o direito à segurança e o direito de não sofrer tratamento degradante e indigno quando sob custódia do Estado (BRASIL, 2015, p. 175 - 176).

Evidente a necessidade de uma reforma trabalhista, mas que respeite os direitos sociais conquistados pela humanidade, primordialmente quanto ao trabalho da mulher, em virtude de suas conquistas históricas, e também pela sua condição de mãe. A flexibilização trazida, portanto, do afastamento da mulher gestante ou lactante não condiz com o progresso socioeconômico do trabalho, que embora com roupagem nova em diversas áreas pela tecnologia e inovação, não pode deixar de lado as condições mínimas dignas de trabalho, como saúde, integridade física e qualidade de vida (CAVALCANTI, 1966).

Nesse sentido, recentemente o Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.938/DF, considerou portanto a alteração do art. 394-A, trazida pela Lei n. 13.467/2017, inconstitucional por entender que a proteção à maternidade e à integral proteção à criança é irrenunciável e não pode ser afastado pelo desconhecimento, impossibilidade ou a própria negligência da gestante ou lactante em apresentar um atestado médico, sob pena de prejudicá-la ou mesmo de trazer danos à saúde do recém-nascido.

Acertadamente, a Suprema Corte caracteriza a proteção contra a exposição da gestante e lactante a atividades insalubres como importante direito social instrumental tanto da mulher como da criança, pois são normas de salvaguarda do pleno desenvolvimento do recém-nascido e da segurança da própria mulher em seu ambiente de trabalho.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das conquistas da mulher no mercado de trabalho, e da sua condição especial de mãe, fica evidente que a Reforma Trabalhista, quanto a liberalidade atribuída à gestante ou mesmo lactante em trabalhar em ambientes insalubres, vai na contramão dos direitos socioeconômicos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988. Um verdadeiro retrocesso que traz prejuízos à saúde, integridade física e moral, da mulher gestante ou lactante, bem como à vida e seu desenvolvimento de maneira harmônica do recém-nascido.

A flexibilidade do direito trabalhista, uma necessidade em função das nova roupagem do trabalho em função das inovações tecnológicas e inovadoras relações de emprego, deve ser protagonizada, no entanto, não apenas baseado no capitalismo neoliberal global, mas também na valorização do trabalho humano, existência digna e justiça social.

Os direitos sociais, dentre eles a proteção à maternidade, segurança no emprego e a proteção do mercado de trabalho da mulher, são parâmetros, portanto, à essa nova estruturação das normas trabalhistas, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, ao considerar portanto a Lei n. 13.467/2017, quanto ao disposto no art. 394-A, inconstitucional.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.938/Distrito Federal*. Relator Ministro Alexandre de Moraes, 2018. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/dl/rito-abreviado-stf.pdf>. Acesso em: 06 fev. 2019.

_____. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*, 2015, Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 06 fev. 2019.

BUCK, Regina Célia. *Cumulatividade dos Adicionais de Insalubridade e Periculosidade*. 2 ed. São Paulo: LTR, 2015.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Princípios gerais do direito público*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.

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

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTR, 2017.

LAPA, Antonio Neto da; KERTZMAN, Ivan. *Curso prático de Direito do Trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2018.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MANO, Maíra Kubík. Conquistas na luta e no luto. *Revista História Viva*, março 2008. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/16668205/ii-conquistas-na-luta-eno-luto>. Acesso em: 15 dez. 2018.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 34. ed. Cidade: Saraiva Jur, 2018.

MELLO, Ana Claudia R. Costa D. As mulheres na guerra. *Revista Pré*, Univesp, São Paulo, nº 61, dez. 2016. Disponível em: <http://pre.univesp.br/as-mulheres-na-guerra#.Wv2B2O4vzIU>. Acesso em: 15 dez. 2018.

MELO, Raimundo Simão de. *Reforma erra ao permitir atuação de grávida e lactante em local insalubre*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-21/reflexoes-trabalhistasreforma-erra-permitir-gravida-lactante-local-insalubre>. Acesso em: 07 fev. 2019.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MOTTA, Sylvio; BARCHET Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

MTE. MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. *Norma Regulamentadora 15*. Portaria 3.214, de 08 de julho de 1978. Disponível em: <http://trabalho.gov.br/images/Documentos/SST/NR/NR15/NR15-ANEXO15.pdf>. Acesso em: 28 jan.2019.

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

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PEREIRA, Maria da Conceição Maia. *Visão crítica do artigo 394-A da CLT: Proibição do trabalho da gestante ou lactante em ambiente insalubre*. 2017. Dissertação (Mestrado em

Direito) – FUMEC, Faculdade De Ciências Humanas, Sociais e Da Saúde, Belo Horizonte, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, Marylad Medeiros da; SILVA, Paula Isabel Nobrega Introine. *A gestante e o meio ambiente laboral: uma análise da Lei 13.467/17 sob a luz do retrocesso social*, 2017.

Dissertação (Mestrado em Direito) – UNIPÊ, Centro Universitário de João Pessoa, João Pessoa, 2017.