XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO II

VANESSA VIEIRA PESSANHA

MARIA ROSARIA BARBATO

RODRIGO GARCIA SCHWARZ

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito do trabalho e meio ambiente do trabalho II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Maria Rosaria Barbato; Vanessa Vieira Pessanha; Rodrigo Garcia Schwarz.– Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-517-1

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

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Sociedade. 3. Gestão. 4. Administração. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (26 : 2017 : São Luís/MA, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade Federal do Maranhão - UFMA
São Luís – Maranhão - Brasil
www.portais.ufma.br/PortalUfma/index.jsf

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO II

Apresentação

Os vinte e seis artigos do GT de "Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho II" no XXVI Congresso Nacional do CONPEDI demonstram, de maneira simbólica, muito do que o mundo do trabalho vem encontrando como desafios diuturnamente.

As apresentações e esta publicação procuraram seguir eixos temáticos, aproximando, sempre que possível, as discussões afins, de maneira a organizar a exposição das ideias e a privilegiar o espaço dos debates, sempre tão caros academicamente e potencializados em relevância diante do contexto atual de ataque aos direitos sociais e, em especial, aos direitos trabalhistas.

Compondo o primeiro bloco temático, a saúde do trabalhador e o meio ambiente de trabalho foram contemplados em artigos com enfoques diferenciados, passando pela análise do assédio moral, do dano existencial, dos riscos associados às nanotecnologias, do trabalho das gestantes em ambientes insalubres e de uma análise do labor em perspectiva mais ampla, incluindo a questão da dignidade.

O segundo eixo temático inicia com a reflexão acerca da coisificação humana e da invisibilidade do trabalhador, seguido das polêmicas que envolvem a terceirização e suas mudanças recentes, analisadas a partir da noção de precarização, da supressão de direitos, bem como dos valores sociais e liberais da Constituição Federal de 1988.

O ponto seguinte perpassa elementos da recente Reforma Trabalhista brasileira e do Direito Coletivo do Trabalho. Foram abordadas nessa etapa: a noção de historicidade do Direito do Trabalho, de modo a examinar a suposta mudança de paradigma do papel intervencionista do Estado; os modelos reguladores da relação de trabalho; o sindicato profissional como protagonista em benefício do trabalhador ou como precarizador; um olhar crítico acerca da rigidez agregatória sindical; a legalidade das greves nacionais contrárias à reforma trabalhista; e, em amplitude nesse conjunto de análises, o entendimento da demolição dos direitos trabalhistas no contexto da referida reforma.

No quarto bloco, a abordagem é voltada para os trabalhos que, infelizmente, ainda ocorrem em condições análogas às de escravo, pensados tanto sob o prisma da migração como dos direitos humanos e do capitalismo em sentido lato, promovendo uma análise da escravidão contemporânea de maneira bastante atual, dada a sua recorrência nesses moldes.

Em processo de conclusão, o quinto eixo temático representa o espaço de tratamento para assuntos diversos. Começa com a proposta de medidas de rechaço à violência de grupos vulneráveis (com enfoque no trabalho doméstico), seguindo com o tratamento da dificuldade diretamente relacionada à inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, a nova visão do TST acerca da possibilidade de acúmulo dos adicionais de periculosidade e insalubridade, a distribuição do ônus da prova na dispensa discriminatória, a celeuma acerca do uso do whatsapp no ambiente de trabalho, finalizando com o pacto de não concorrência quanto à compatibilidade com a legislação brasileira e a relevância prática do momento de sua celebração.

Parabéns às/aos autoras/es! As produções aqui compiladas apresentam um extrato significativo dos conteúdos que vêm sendo enfrentados na seara juslaboral, que, sem dúvida, está em um momento histórico que demanda cuidado e dedicação ainda maiores que o habitual.

Desejamos uma boa leitura e, sobretudo, profundas / profícuas reflexões!

Profa. Dra. Maria Rosaria Barbato - UFMG

Profa. Dra. Vanessa Vieira Pessanha - UNEB

Prof. Dr. Rodrigo Garcia Schwarz - UNOESC

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A GESTANTE E O MEIO AMBIENTE LABORAL: UMA ANÁLISE DA LEI 13.467 /17 SOB A LUZ DO RETROCESSO SOCIAL

THE PREGNANT WOMAN AND THE LABOR ENVIRONMENT: AN ANALYSIS OF LAW 13.467/17 IN THE LIGHT OF SOCIAL THROWBACK

Marylad Medeiros Da Silva [1]
Paula Isabel Nobrega Introine Silva [2]

Resumo

O presente artigo objetiva demonstrar que a Reforma Trabalhista, Lei 13.467/2017, representa afronta aos princípios Constitucionais e ao mínimo existencial, além de trazer à tona um retrocesso social, quando permite que gestante e lactante labore em meio ambiente insalubre, situação anteriormente vedada pela Lei 13.287/2016, trazendo sérios riscos irreversíveis à saúde da mãe e da criança. Para tanto faz-se uma abordagem das normas que surgiram para a proteção à maternidade e a sua (in)evolução, utilizando-se técnicas de pesquisa teóricas, com predominância da bibliográfica e análise de dados estatísticos oficiais, havendo consulta às fontes jurídico-formais imediatas, como legislação, doutrinas, artigos jurídico-científicos.

Palavras-chave: Reforma trabalhista, Meio ambiente do trabalho, Insalubridade, Proteção à maternidade, Retrocesso social

Abstract/Resumen/Résumé

The present study aims to show that the Law 13.467/2017, known as Labor Reform, stands against Constitutional principles and existential minimum, also brings a social throwback when aloud pregnant women to work in unhealthy environments, situation that was already forbidden by Law 13.287/2016 since it jeopardizes women's and infant's health. Therefore, it is necessary to approach the norms that have emerged for maternity protection and their evolution (involution), using theoretical research techniques, predominantly bibliographical and official statistical data, consulting legislation, doctrine and juridical-scientific articles as sources

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Labor reform, Work environments, Unhealthy work additional, Maternity protection, Social throwback

[1] Mestranda em Direito e Desenvolvimento Sustentável pelo UNIPÊ; Especialista em Direito Processual do Trabalho pela FIP. Graduada em Direito e Engenharia Civil. Professora e Servidora do TRT da 13ª Regiao.

[2] Mestranda em Direito e Desenvolvimento Sustentável pelo UNIPÊ. Especialista em Civil pela FADISP; em Direito e Processo do Trabalho pela UNIDERP; em Segurança e Saúde do Trabalhador pela FPB. Advogada.

1 INTRODUÇÃO

O mundo passa por momentos de crises, as mais diversas possíveis, e no Brasil não poderia ser diferente. Atrelados a uma crise econômica, estamos diante de uma grande crise política, onde surge a insegurança em vários setores, dentre os quais o de emprego e renda, fazendo com que medidas sejam tomadas sem grandes debates, sem que sejam analisadas suas reais repercussões na esfera social.

Uma dessas decisões foi a Reforma Trabalhista, que trouxe muitos assuntos controvertidos, como por exemplo a possibilidade do trabalho da gestante em ambientes insalubres, situação que havia sido vedada com a Lei nº 13.287, de 11 de maio de 2016, por meio do acréscimo do artigo 394-A à Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT).

A mais recente modificação legislativa – Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017 –, nos faz refletir sobre a seguinte problemática: essa mudança normativa em tão curto espaço de tempo feriu nossa Constituição Federal? Não seria o caso de um retrocesso social? Diante desse cenário e da análise pormenorizada da justificativa do relator do projeto de lei da Reforma Trabalhista, foram corroboradas as hipóteses de que de fato houve um retrocesso social sobre o assunto em tela, bem como princípios constitucionais foram atingidos, gerando consequentemente a inconstitucionalidade dessa parte textual.

De maneira geral, este artigo teve como objetivo analisar se os trâmites pretéritos e o projeto de Lei da Reforma Trabalhista, hoje já transformado em lei específica, ferem o princípio do não retrocesso social. Possuindo como objetivos específicos conceituar o princípio do não retrocesso social e do mínimo existencial, desenvolver a importância da questão da insalubridade e da saúde da gestante na legislação brasileira, rejeitar os argumentos utilizados pelo relator da Reforma Trabalhista e levantar dados estatísticos oficiais que confirmem a tese em apreço.

Diante disso, foi utilizada pesquisa bibliográfica para formar a base doutrinária e legal necessária aos primeiros pontos elucidativos, bem como a formulação da problemática e sua resposta. Tendo em um segundo momento a exposição de dados estatísticos extraídos dos órgãos oficiais IBGE, Previdência Social, OIT, Ministério do Trabalho e OMS, que reforçam a hipótese de que os fundamentos utilizados para aprovação da Reforma Trabalhista são distorcidos, infundados e insuficientes para justificar uma mudança tão profunda.

2 O PRINCÍPIO DO NÃO RETROCESSO SOCIAL E O MÍNIMO EXISTENCIAL

A civilização contemporânea e, por conseguinte, o seu pensamento jurídico possuem como uma das preocupações centrais a ideia da impossibilidade de se retroagir no tempo, quando associada à noção de que a direção em que se move é desejável, e desde que se saiba exatamente a qual destino se deseja alcançar, conforme as palavras de Bury (1920, p. 2):

> This idea means that civilisation has moved, is moving, and will move in a desirable direction. But in order to judge that we are moving in a desirable direction we should have to know precisely what the destination is.

Na mesma linha de raciocínio, tem-se visão segundo a qual o progresso implica uma síntese do passado, servindo de um delineamento para um futuro, com avanços indefiníveis e desejáveis ao processo civilizatório humano. A direção contrária jamais deve ser a desejável.[1]

E, sendo os Direitos Fundamentais de Segunda Geração ou Dimensão – também referenciados pela alcunha de direitos sociais, razão pela qual, doravante, serão utilizadas ambas as denominações, alternativa e indistintamente – uma conquista histórica mais árdua e cronologicamente posterior à consagração dos direitos de Primeira Geração ou Dimensão (SCHÄFER, 2013, p. 48 e seguintes), a preocupação com sua estabilidade, garantia, efetivação e ampliação toma contornos centrais na doutrina e na jurisprudência relacionadas ao tema, no cenário de sempre se buscar evitar a regressão a um patamar anterior.

Assim, a meta de qualquer direito conquistado, principalmente no que diz respeito aos direitos sociais, deve estar em sintonia com o avanço em direção ao futuro e em distanciamento da situação pretérita de não-garantia. Em outras palavras, a ordem positiva de direitos deve assegurar, em sua evolução, a permanência dos direitos já assegurados, bem como o incremento das garantias materiais dos cidadãos, de modo a se constituir busca incessante pela melhoria das condições materiais fornecidas às pessoas tuteladas por essa ordem jurídica.

Por essa razão, ganharam força, no estudo dos direitos sociais, as noções do *mínimo existencial* e da *proibição do retrocesso social*, ideias de tamanha importância no tema que

[1] Tradução e transcrição indireta, pelas autoras: "The idea of human Progress then is a theory which involves a synthesis of the past and a prophecy of the future. It is based on an interpretation of history which regards men as slowly advancing--pedetemtim progredientes--in a definite and desirable direction, and infers that this progress will continue indefinitely. And it implies that, as the issue of the earth's great business, a condition of general happiness will ultimately be enjoyed, which will justify the whole process of civilisation; for otherwise the direction would not be desirable." (Bury, 1920, p. 9)

passaram a ser positivadas – explícita ou implicitamente – nos ordenamentos constitucionais mais preocupados com o bem-estar social das coletividades por eles regidas.

A Constituição Brasileira de 1988, inserida nesse contexto, efetivou tal garantia, não de forma expressa, mas por meio da positivação de diversos dispositivos que acabam por alçar essas duas noções ao patamar de normas constitucionais. Assim, pode-se inferir que o princípio positivado da *Dignidade da Pessoa Humana* – insculpido no art. 1º, III, da referida Carta como fundamento da República federativa do Brasil – e os objetivos fundamentais dessa mesma República – dentre os quais, para o estudo em questão, se destaca a meta *de erradicar a pobreza e a marginalização*, insculpida no art. 3º, III, da Carta Magna – tem como uma das suas múltiplas faces, como um de seus principais conteúdos, exatamente a noção de mínimo existencial e, para a proteção do núcleo essencial deste, a ideia de proibição do retrocesso.

Nesse sentido, tem-se esclarecedora manifestação do Ministro Celso de Mello, em voto proferido no julgamento de Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347:

> 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 revela-se 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).

Ressalte-se, na abordagem transcrita, o destaque que se dá à relação entre o mínimo existencial, vedação ao retrocesso e os direitos fundamentais especificamente de segunda dimensão. Isso ocorre, em parte, pelas já citadas razões segundo as quais esse conjunto de garantias foi conquistado após árdua luta dos cidadãos em face do estado e da própria sociedade civil. Entretanto, também se dá pela face mais complexa assumida por essa dimensão de direitos.

Em relação aos direitos de liberdade negativa – primeira dimensão –, assim conhecidos aqueles que implicam na proteção da autonomia do indivíduo e no respeito à sua esfera individual, pode-se reconhecer uma uniformidade de meios para sua garantia, uma vez que geralmente se exigem das estruturas de poder abstenções em relação às pessoas a elas submetidas. Assim, uma vez garantida essa abstenção, nada mais há de ser feito ou exigido –

embora não se olvide, por óbvio, a necessidade de permanente vigilância e proteção para que a máquina estatal e os demais cidadãos não saiam desse estado de abstenção, passando-se a ter a volta de violações a esse conjunto de direitos.

Todavia, quando se trata dos direitos positivos de liberdade – direitos sociais ou de segunda dimensão –, que exigem dessas estruturas condutas comissivas, ações, prestações às pessoas para efetivar ou contribuir para incrementar a dignidade destas, ganham importância os questionamentos sobre como garantir, como efetivar, como promover a efetividade e mesmo a existência desses direitos. Na precisa lição de Schäfer (2013, p. 75):

> As diferenças estruturais entre essas duas espécies normativas (direitos negativos e direitos positivos) são marcantes, pois os direitos de defesa são para os destinatários proibições de destruir, de afetar negativamente etc. Assim, no caso dos direitos negativos, se estiver proibido destruir alguma coisa, pode-se facilmente concluir estar proibida toda e qualquer ação que possa provocar afetação ao objeto considerado.
> No caso dos direitos positivos, a situação é essencialmente diferenciada, pois se a norma determina a proteção ou a promoção de algum bem, não está ordenada toda e qualquer ação, mas somente aquela que for eficaz a essa proteção/promoção. Assim, prossegue Alexy, a proibição de matar implica, prima facie, a proibição de toda ação de matar. Ao contrário, a ordem de salvamento não implica a ordem de prática de todas as ações possíveis de salvamento, o que demonstra que o destinatário da ordem de salvamento tem campo de ação dentro do qual pode eleger como deve cumprir a ordem.
> Ou seja, à pergunta 'qual conduta está proibida?', que corresponde aos direitos negativos, segue-se a resposta simples 'toda e qualquer conduta que possa afetar o direito protegido'. Ao contrário, à pergunta 'qual conduta está ordenada', que corresponde aos direitos positivos, não pode seguir a resposta 'todas as ações possíveis', pois o objetivo da norma é determinar ao destinatário a busca útil do resultado de proteção, sendo que está ordenado o fim e não os meios

Dessa forma, quanto aos direitos sociais, além de se buscar uma rede de proteção que imponha abstenções estatais e dos demais cidadãos em face de determinada esfera de direitos do indivíduo, deve-se buscar também a permanente ação – conjunto de condutas comissivas – dos agentes estatais e da sociedade em geral para a consecução dos bens tutelados por esses direitos. Daí a importância de se estabelecer, em termos normativos, formas de garantir a observância e a efetividade de um conjunto mínimo de direitos garantidores da dignidade de seus titulares – noção traduzida na ideia de mínimo existencial – e de evitar qualquer retorno a uma situação prévia de não proteção desses direitos, vedação do retrocesso.

Tais visões normativas incidem inclusive sobre o âmbito dos direitos trabalhistas, seja porque o direito do trabalho é um dos principais representantes do campo dos direitos sociais ou de segunda geração – tanto ontologicamente, analisando-se sua própria essência, como

sistematicamente, dada sua previsão constitucional no Capítulo Dos direitos Sociais, da Constituição Brasileira –, seja porque os direitos laborais visam, acima de tudo, o resguardo de determinados bens jurídicos do trabalhador, ligados à sua saúde, integridade física e qualidade de vida, que, por si só, são enquadrados como verdadeiros direitos sociais.

Corroborando tal ponto de vista, no sentido da plena aplicação dos institutos do mínimo existencial e da vedação ao retrocesso na seara trabalhista, tem-se posicionamento pacífico do Tribunal Superior do Trabalho (TST), do qual se extrai como exemplo a afirmação de que o princípio da proteção – um dos pilares do estudo do Direito do Trabalho – tem como um dos desdobramentos materiais exatamente o princípio da proibição do retrocesso (BRASIL, 2017g).

Neste ponto, cabe destacar que, além da dignidade humana – princípio expresso que também fundamenta a ideia do *mínimo existencial* – a *proibição do retrocesso* também pode ser encarada como conteúdo de outro princípio constitucional: o princípio da proporcionalidade.

Amplamente aceito na doutrina que o princípio da proporcionalidade não se manifesta somente na vertente de proibição do excesso, mas também – e com igual importância – se consubstancia na imposição da *proibição da proteção deficiente*, de aplicação especialmente sensível em matéria de direitos fundamentais de segunda dimensão (MENDES; BRANCO, 2013, p. 618). E é deste aspecto que decorre diretamente a *vedação ao retrocesso* em matéria de direitos sociais, dado que a regressão a um patamar inferior de garantia, em comparação ao já alcançado e conquistado, implica, necessariamente, em violação ao direito subjetivo já adquirido pelo titular dessa garantia, resultando na proteção deficiente dos bens jurídicos de sua titularidade e por ela tutelados.

É nesse sentido que se posiciona Canotilho (2003, p. 338-339):

> A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de "contra-revolução social" ou da "evolução reaccionária". Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direitos dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. A proibição de retrocesso social nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fáctica), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos [...], em clara violação do princípio da protecçã da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana. O reconhecimento desta protecção de direitos prestacionais de propriedade, subjectivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos

> concretos e as expectativas subjectivamente alicerçadas. A violação do núcleo essencial efectivado justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras da chamada justiça social.

Assim, em que pese a escolha das políticas públicas necessárias à concretização dos direitos fundamentais continuar sendo uma discricionariedade do legislador, não se pode admitir, em verdade, que os direitos jurídicos (em especial, os sociais) sejam restringidos, configurando em retrocesso das normas constitucionais, razão pela qual se conclui haver um âmbito de conformação da discricionariedade do legislador, para se usar um termo comum na doutrina e na jurisprudência pátrias.

Corroborando com o entendimento, assim de pronuncia Barcellos (2011, p. 88):

> Não se trata, é bom observar, da substituição de uma forma de atingir o fim constitucional por outra, que o novo legislativo entenda mais apropriada. A questão que se põe é a da revogação pura e simples da disposição infraconstitucional por meio da qual o legislador esvazia o comando constitucional, exatamente como se dispusesse contra ele diretamente, daí por que as consequência hão de ser as mesmas nos dois casos. De toda sorte, também aqui, a eficácia jurídica só alcança as violações comissivas da norma, restando as omissivas, ainda uma vez, sem tutela própria.

Ora, ao Estado cabe a responsabilidade em colocar à disposição da sociedade direitos básicos inerentes à vida digna dos cidadãos, a exemplo da saúde, da integridade física e do adequado meio ambiente de trabalho. E se, por meios de normas essas responsabilidades vão sendo concretizadas, assegurando-se o mínimo existencial, não há como se permitir que, após legalmente consagradas, venha o legislador a eliminá-las *a posteriori*, sob pena de se estar a permitir o retrocesso social ou a chamada "cláusula de proibição de evolução reaccionária". (CANOTILHO, 2003, p. 479).

Ao Estado, como guardião dos direitos fundamentais, impelido pela proibição de proteção deficiente a esse núcleo mínimo garantidor de dignidade e às conquistas já alcançadas em tal âmbito, cabe, portanto, a atuação no sentido de "evitar riscos para o cidadão em geral mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção" (MENDES; BRANCO, 2013, p. 618). Dentre essas medidas, por óbvio, se enquadram as medidas legislativas, que também devem sempre buscar a ampliação do espectro de garantias sociais e materiais do cidadão, nunca o seu retrocesso, tanto mais quando essa retroação atinge núcleo essencial de direito componente do chamado mínimo existencial.

3 PANORAMA DOS DIREITOS DA GESTANTE QUANTO À INSALUBRIDADE

Os direitos fundamentais sociais, no Brasil, nascem ainda na década de trinta, sob forte influência da Constituição de Weimar, de 1919, bem como da Constituição Mexicana de 1917, as quais apresentaram ao mundo a necessidade de haver uma responsabilidade do Estado para com a justiça social.

Nessa esfera, não menos importantes foram os Tratados Internacionais e a constituições que, pautados no ideal de igualdade entre as pessoas por meio da positivação dos direitos sociais mínimos, buscaram elevar a proteção à maternidade prevista nas constituições, ao patamar dos direitos sociais. (PRONI, 2013, pp. 16-17).

Esse histórico veio a influenciar frontalmente a Constituição de 1934 no Brasil, que trouxe a marcante novidade do bem estar social e econômico, sendo este necessário ao Estado para que possa interferir na esfera do social, efetivando os direitos. Nesse cenário normativo, pela primeira vez a mulher passa a ter direito a um ambiente de trabalho salubre – previsão do artigo 121, § 1º, "d" –, e a maternidade passa a ter mais amparo e assistência.

O anteprojeto da referida Constituição era ainda mais revolucionário e previa garantia "[...] à gestante operária, podendo a lei instituir o seguro obrigatório contra a velhice, a doença, o desemprego, os riscos e acidentes do trabalho e em favor da maternidade; [...]." (POLETTI, 2012, p. 29).

Após isso, passou então a figurar em todas as Constituições a proteção à mulher e à maternidade, positivando-se os direitos sociais mínimos, nas palavras de PRONI (2013, p. 16), e oferecendo-se, assim, mais garantia à vida materna e sua prole.

Em 11 de maio de 2016, foi publicada a Lei nº 13.287, que acrescentou dispositivo à CLT, proibindo o trabalho da gestante em ambiente não salubre, como forma de assegurar maior proteção à mulher puérpera, e não apenas ao nascituro em si, mas à força de trabalho futura, ora em formação. Dessa forma, restou demonstrado que o Estado está a promover o bem estar social, e que possui como base a família, fundamento do artigo 226, *caput*, da atual Constituição, como garantia mínima dos direitos sociais.

Para Alexy (1993, p. 362), a proteção e cuidado à mãe se constitui num direito mínimo necessário à existência digna do ser humano, que reclama ações positivas do Estado e não apenas uma simples intervenção sem resultados. Assim como na Constituição brasileira, tal direito também está previsto na Constituição Alemã (art. 6º, §4º).

Na mesma linha de entendimento, tem-se a posição de Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 77), para quem a proteção aos direitos sociais reclama as ações Estatais, de forma que sejam

capazes de fomentar a realização desses direitos. Não se pode admitir a simples intervenção, que seria a falta de ação do Estado ou uma ação insuficiente, por representar uma forma restritiva no âmbito da proteção de liberdades.

Quanto a essas restrições, o autor (2010, p. 206) é enfático no tocante ao entendimento de que se deve considerar inconstitucional todo tipo de restrição que invada a essência de um direito, em especial os direitos sociais. E esse conteúdo essencial a que se reporta diz respeito ao mínimo existencial, ou seja:

> [...] (1) aquilo que é garantido pelos direitos sociais – ou seja, direitos sociais garantem apenas um mínimo existencial; (2) aquilo que, no âmbito dos direitos sociais, é justiciável – ou seja, ainda que os direitos sociais possam garantir mais, a tutela jurisdicional só pode controlar a realização do mínimo existencial sendo o resto mera questão de política legislativa; e (3) o mesmo que conteúdo essencial – isto é, um conceito que não tem relação necessária com a justiciabilidade e, ao mesmo tempo, não se confunde com a totalidade do direito social. (SILVA, 2010, pp. 204-205).

No caso da operária gestante, a proteção maior em relação aos agentes insalubres foi alcançada na Lei nº 13.287/2016, que a exclui do ambiente onde exista um agente danoso à sua saúde protegendo também o próprio embrião, que, ao ver de Sarlet (2015, p. 44) representa o início da dignidade humana, merecendo todo o tipo de proteção jurídica.

Em relação à referida lei, a Confederação Nacional de Saúde (CNS) ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5605, sob o argumento de que o afastamento da empregada grávida ou lactante do ambiente insalubre fere os princípios da livre iniciativa, da função da propriedade, do livre exercício da profissão, da igualdade, da proporcionalidade, bem como o direito à vida e à propriedade, também direitos fundamentais. (BRASIL, 2016b).

Instada a se pronunciar, a Advocacia Geral da União (AGU), acostando parecer jurídico do Ministério da Saúde, sustentou que a Lei nº 13.287/2016 não afronta os princípios alegados, encontrando-se ainda em harmonia com a atual Constituição (BRASIL, 2016b).

O Ministério da Saúde combateu os pedidos iniciais da ADI, sob o argumento de que não há dados estatísticos que demonstrem uma proporção desarrazoada de gestantes e lactantes que tenham sido afastadas do trabalho pela sua condição temporária, não havendo, portanto, como comprovar a inviabilidade de empresas que possuam em seu quadro um índice alto de trabalhadoras mulheres.

E esse também não poderia ser um argumento plausível, em função da dignidade do ser humano, valor que lhe é inerente. Queiramos ou não aceitar a tese de sua extrema importância, a dignidade

> [...] há de ser compreendida como um conceito inclusivo, no sentido de que a sua aceitação não significa privilegiar a espécie humana acima de outras espécies, mas sim, aceitar que do reconhecimento da dignidade da pessoa humana resultam obrigações para com outros seres e correspondentes deveres mínimos e análogos de proteção. (SARLET, 2015, p. 43).

Ademais, apesar de as empreses poderem se utilizar de meios eficazes para neutralizar ou eliminar o agente insalubre, optam por tomar medidas aparentemente menos onerosas, financeiramente, e consequentemente insuficientes a tornar o ambiente de trabalho isento de malefícios à saúde.

Por outro lado, há de se observar, de acordo com os termos do parecer do Ministério da Saúde, que as medidas eficazes para combate do agente insalubre no meio ambiente do trabalho podem não alcançar as gestante, o embrião e as lactantes.

A preocupação com a maternidade da trabalhadora também é afeta à Organização Internacional do Trabalho (OIT), desde a sua criação em 1919, com o objetivo de resguardá-la, juntamente com o filho, da discriminação decorrente da gestação. Essa proteção contribui

> [...] para a consecução de três Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM), adotados pelos países-membros das Nações Unidas: ODM 3, sobre a promoção da igualdade de gênero e a autonomia das mulheres; ODM 4, relativo à redução da mortalidade infantil; e ODM 5 relativo a melhorias na saúde materna. (OIT, 2009)

Ainda visando a maior proteção da maternidade, a OIT adotou a Convenção 183, por entender que a mulher e a criança, durante a gravidez e lactação, correm sérios riscos na saúde, quando submetidos à determinadas condições expostas no ambiente de trabalho.

A Recomendação 191 (OIT, 2000), também da OIT, traz em seu bojo a possibilidade, e por que não dizer a necessidade, de que as condições de trabalho das gestantes e lactantes sejam adaptadas, para que sejam eliminados riscos à mãe e à criança. E se preciso, que haja mudanças nas condições de trabalho, inclusive com a possibilidade de transferências para funções mais seguras, sem qualquer perda salarial – e, quando assim não for possível, deve a trabalhadora perceber licença remunerada.

No § 6º da Recomendação, além da previsão de retorno da mulher para a mesma função ou equivalente, há ainda outros tipos de riscos a que as mães não devem se submeter, a exemplo de trabalhos árduos que envolvam levantar, transportar, empurrar ou puxar manualmente as cargas, bem como aqueles que envolvam equilíbrio excessivo ou mesmo tensão física.

A esse respeito, o Escritório da OIT no Brasil (OIT, 2012), produziu notícia mostrando que a discriminação da gestante é uma realidade nos mais diversos países, independente da sua

renda per capita, alertando para o excesso e a forma de trabalho nessa fase da vida da mulher, que trazem sérios riscos à gestante e à criança, inclusive a possibilidade de óbito.

Apesar de o Brasil não ter ratificado as Convenções 183 e 191 da OIT, torna-se importante registrá-las, a fim de demonstrar que a preocupação com a maternidade é pertinente e envolve organismos internacionais, podendo as suas decisões, bem assim da Recomendação acima citada, servirem de norte nas normas positivadas nacionais.

Em que pese todas as argumentações aqui trazidas, o Brasil vai na contramão da proteção à maternidade da trabalhadora, "[...] indispensável na luta contra a pobreza, para a inclusão social, à igualdade de gênero e a saúde materna e infantil." (OIT, 2012), ao ver seu Poder Legislativo aprovar o artigo 394-A da Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, permitindo a permanência da gestante em ambiente insalubre, mesmo que condicionada a um atestado médico.

Não se está aqui a questionar a capacidade do médico quanto à elaboração de laudo que avalie tais circunstâncias, mas o fato é que, ao atestar a possibilidade de trabalho, sequer sabe as reais condições do meio ambiente em que a grávida desenvolve seu trabalho, muito menos quais as garantias de proteção que a empresa pode proporcionar à criança.

4 INSALUBRIDADE DA GESTANTE: UMA ANÁLISE DA LEI Nº 13.467/17

O ponto central relacionado ao trabalho da gestante em ambiente insalubre está no fato de envolver também direito de terceiro, que é o nascituro. Não seria justo utilizar o argumento, mesmo sendo possível, da aplicação do direito fundamental ao livre exercício da profissão. Primeiro porque estamos diante de normas de medicina e segurança do trabalho, que não ensejam possibilidade de liberdade negocial, e depois, que a proteção principal é do feto em desenvolvimento.

Ademais, não teria a trabalhadora direito de dispor da saúde de terceiro, principalmente por ainda não possuir força de voz, cabendo ao Estado sua proteção em todas as fases, em especial no mais frágil momento do desenvolvimento humano, que é o gestacional.

4.1 DEBATES ANTERIORES À LEI Nº 13.467/17

A Reforma Trabalhista, Lei nº 13.467/2017, surge em um contexto muito tumultuado, diante de crises, troca de presidente, processo de *impeachment*, processos judiciais, manobras políticas. No mesmo direcionamento também surge especificamente o assunto sobre a

insalubridade da gestante, onde conseguiu-se uma grande conquista social, a aprovação da Lei nº 13.287, de maio de 2016, que acrescentou o art. 394-A à CLT, nos seguintes termos:

> Art. 1º A Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 394-A:
> Art. 394-A. A empregada gestante ou lactante será afastada, enquanto durar a gestação e a lactação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, devendo exercer suas atividades em local salubre.
> Parágrafo único. (VETADO).

Essa norma infraconstitucional, como dito, veio para dar maior segurança à gestante e principalmente ao feto. Sua aprovação não foi de uma hora para outra, pelo contrário foram quase 10 anos desde sua propositura (PL 814/2007), até sua transformação em lei, no ano de 2016. Em contrapartida, a sua alteração demorou menos de um ano, ocorrendo uma grande mudança textual, com a volta da permissão do trabalho da gestante e lactante em ambientes insalubres. (BRASIL, 2007)

A Lei nº 13.287/16 deveria ter sido celebrada, pois de fato foi um grande avanço nos direitos trabalhista e ambiental, com a extensão da proteção gestante até a fase de lactação, demonstrando com isso o pensamento de uma maternidade humanizada, onde se pensa não só na trabalhadora, mas principalmente no feto que está em desenvolvimento, e no bebê que precisa de cuidados.

Cabe reforçar a ideia de que a utilização de fundamentos baseados no prejuízo financeiro da gestante, não deve nunca prevalecer, pois o não acolhimento à proteção da mãe e do feto vai de encontro a todos os princípios relacionados aos direitos humanos, ao trabalho decente, às normas de proteção ambiental do trabalhador, aos pleitos dos órgãos internacionais, como a OIT e a Organização Mundial da Saúde (OMS).

Ainda sobre o assunto, o pronunciamento do Congresso Nacional, naquele momento (BRASIL, 2016b), em resposta a ADI 5605 foi de que "A lei questionada não somente dá concretude ao feixe de proteção dado a gestante, como também ao máximo objetivo do ordenamento jurídico de proteção à vida, ao nascituro e à criança."

Ademais, no que se refere à insalubridade da gestante, já existe Norma Regulamentadora do Ministério do Trabalho e Emprego (NR 32), direcionada à proteção do setor da saúde, de uma forma mais específica, demonstrando que para esse setor não seria algo tão danoso assim, no que se refere à novidade legislativa, já que há previsão sobre a matéria desde 2005, havendo uma ampliação da proteção.

Diante dessa análise preliminar, verifica-se que o rumo que havia sido trilhado pelo Brasil era de avanço social, dando preferência a um desenvolvimento econômico, e não a um mero crescimento econômico, afirmando uma evolução pautada na sustentabilidade econômica, social e cultural, onde além de preservar as conquistas já alcançadas, busca-se o progresso no caminho de uma maior dignidade e oportunidades nos diversos setores da sociedade.

Porém, em 13 de julho de 2017, o até então projeto de lei da Reforma Trabalhista é transformado em norma jurídica, que entrará em vigor depois de 120 dias da sua publicação, mudando diversos arranjos sociais, modernizando alguns direitos e deveres, mas principalmente retrocedendo em pontos muito sensíveis da sociedade, como o caso da insalubridade da gestante.

4.2 FUNDAMENTAÇÃO DO RELATOR DO PROJETO DE LEI SOBRE A ALTERAÇÃO LEGISLATIVA

Nesse momento será analisado os pormenores que levaram à alteração normativa, confrontando com dados estatísticos de órgãos e entidades oficiais, para assim chegar a uma conclusão sobre problemática tratada.

A Reforma Trabalhista teve seu projeto de lei apresentado em 23 de dezembro de 2016 (Projeto de Lei nº 6.787/2016), tendo como relator o Deputado Rogério Marinho, que apresentou argumentos muito parecidos com os utilizados na petição inicial da ADI 5605, utilizando a discriminação e a redução salarial, decorrente da perda do adicional, como os dois principais motivos para uma alteração legislativa e uma mudança no cenário sócio laboral.

Sobre esse prisma e com o objetivo de rechaçar os fundamentos trazidos pelo relator do projeto da Reforma Trabalhista, será trabalhado cada ponto específico detalhadamente, utilizando dados oficiais, fato esse que não foi utilizado em nenhum momento na análise do projeto, deixando toda técnica jurídico científica de lado e levantando apenas afirmações levianas, pois não possui nenhum respaldo estatístico. Além disso, também serão analisados estatisticamente dados que corroboram para uma maior proteção da gestante nos ambientes insalubres, bem como do nascituro.

4.2.1 A questão da discriminação da mulher

Esse tópico tratará especificamente da análise técnica dos argumentos trazidos pelo relator como justificativa suficiente para uma mudança na legislação protetiva. Há de ressaltar,

mais uma vez, que não houve nenhum dado coletado por parte do Congresso Nacional sobre os temas da reforma, ficaram apenas em afirmações aleatórias. Em contrapartida, refuta-se tais pontos com dados colhidos da Previdência Social, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística e do Ministério do Trabalho e Emprego

De acordo com o relator Deputado Rogério Marinho, o primeiro ponto a ser considerado é o seguinte:

> Esse dispositivo tem provocado situações de discriminação ao trabalho da mulher em locais insalubres tanto no momento da contratação quanto na manutenção do emprego. Essa situação é marcante em setores como o hospitalar, em que todas as atividades são consideradas insalubres, o que já tem provocado reflexos nos setores de enfermagem, por exemplo, com o desestímulo à contratação de mulheres. (BRASIL, 2017a).

O relator do projeto argumenta a não contratação de mulheres no setor da enfermagem, e de médicas em parágrafo posterior, afirmando taxativamente que hoje, não se contratam mais mulheres médicas e enfermeiras que estejam em período fértil. Há de se considerar em primeira análise estatística que a crise econômica, em verdade, é a responsável pela elevação da taxa de desemprego desde o ano de 2014, não guardando qualquer correlação com a Reforma Trabalhista em si.

Contudo, os dados verificados é de que não há uma mudança no mercado de trabalho que justifique tal assertiva do Deputado, principalmente nos setores da saúde (medicina, odontologia e veterinária), que estão no contra fluxo da maioria dos outros setores da economia.

De acordo com dados do Programa de Disseminação das Estatísticas do Trabalho (PDET), vinculado ao Ministério do Trabalho e Emprego, de julho de 2016 até junho de 2017, período de vigência da lei que vetou o trabalho da gestante em ambientes insalubres, houve crescimento do número de contratações no setor, possuindo um saldo de 40.041 novas vagas, crescimento de 1,99%, enquanto que no Brasil ocorreu o aumento no número de desempregados em 749.060 (-1,91%), no mesmo período de avaliação. (BRASIL, 2017e).

Nessa primeira análise pode-se inferir que o setor da saúde não sofreu abalo, ao contrário, cresceu e continua crescendo, não tendo fundamento algum o argumento de que está havendo demissões e de que não haverá espaço para as mulheres nesse setor pelo simples motivo de que as gestantes e lactantes serão afastadas dos ambientes insalubres, o que faria surgir, de acordo com o relator, uma postura discriminatória por parte do empresariado.

Em uma avaliação especifica do ano de 2016, do período de janeiro a dezembro, com relação aos dados nacionais sem ajustes, no geral houve uma perda de postos de trabalho de

1.371.363, enquanto que os serviços médicos, odontológicos e veterinários tiveram um aumento de 36.420 no mesmo período de avaliação (BRASIL, 2016a).

De acordo com dados da Secretaria de Políticas Públicas de Emprego também vinculado ao Ministério do Trabalho e Emprego, e com dados fornecidos pelo Observatório Nacional do Mercado de Trabalho, que realizaram um estudo específico sobre a atuação feminina no Mercado de Trabalho, divulgado em 08 de março de 2017, no dia da mulher, que levaram em consideração dados administrativos do Ministério do Trabalho (RAIS e CAGED) e da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua do IBGE, há confirmação de que as mulheres de fato são maioria no setor da saúde e serviços sociais, fazendo uma comparação com os anos de 2007 e 2016. Em 2007, haviam 361.713 homens e 1.027.132 mulheres, já em 2016 aumentou para 530.820 homens e 1.707.397 de mulheres, correspondendo a uma variação de 46,8% a mais de homens e de 66,2 % a mais de mulheres nesses setores da economia (BRASIL, 2017d). Com isso reforça-se a posição de uma não discriminação nesse setor, onde de fato há um domínio pelo sexo feminino, relembrando que desde 2005 com a NR 32 já havia proteção da gestante no setor da saúde com relação a alguns locais insalubres.

Que a discriminação da mulher no mercado de trabalho ocorre, isso é fato, mas não é pelo mero direito de afastamento da gestante dos ambientes insalubres. É algo muito maior, envolve aspectos históricos, culturais e legais também, mas a legislação não é culpada por tal comportamento social, sendo esse o fator menos importante para tamanha regressão. A proteção da maternidade está muito acima de qualquer possibilidade de preconceito. Por exemplo, de acordo com o MTE (BRASIL, 2017d) a participação feminina dos anos 2007 até 2016 no mercado de trabalho formal, evoluiu na seguinte crescente, 40,8% (2007), 41,1% (2008), 41,4% (2009), 41,6% (2010), 41,9% (2011), 42,5% (2012), 42,8% (2013), 43,2% (2014), 43,7% (2015) e 44% (2016). De acordo com esses dados se verifica que sempre houve uma diferença entre os gêneros, mesmo as mulheres sendo maioria no mercado de trabalho, pois conforme o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (BRASIL, 2017b), no primeiro trimestre de 2017 elas representavam 52,2% da mão de obra nacional. Outro ponto é que de certa forma não houve uma diminuição no número de mulheres com relação aos homens no trabalho formal, demonstrando que não aconteceu a substituição de mão de obra, como foi previsto pelo relator da Reforma Trabalhista.

Outro argumento utilizado para aprovação do projeto da Reforma Trabalhista foi de que seria muito prejudicial a perda salarial da gestante ao se afastar do ambiente insalubre e consequentemente a perda do respectivo adicional. Não haveria nem necessidade de atenção sobre essa justificativa, pois ao utilizá-la como respaldo há uma tentativa clara de compra de

dignidade da pessoa humana, utilizando a monetização da saúde, bem da vida que não possui quantificação, pelo contrário, deve ser prioridade quando comparado a outros direitos, principalmente monetários.

4.2.2 A questão da insalubridade

O objeto em estudo aborda o tema da insalubridade, que por si só já é algo problemático em nosso país, pois ainda estamos em uma crescente de doenças laborais, e com as novas tecnologias muita coisa ainda é invisível e incerta sobre sua repercussão na saúde do trabalhador que está exposto ou em contato direto com agentes não salubres.

A situação se agrava mais ainda quando se trata da gestante que trabalha em ambientes insalubres, em diversas atividades, nos mais variados setores econômicos. A Reforma Trabalhista abre a permissão do trabalho da gestante em tais locais de trabalho, situação que havia sido vedada pela Lei nº 13.287/16, porém revertida agora pela Lei nº 13.467/17.

Conforme dados oficiais da Previdência Social do Brasil (BRASIL, 2015a), entre os anos de 2013 a 2015, os acidentes do trabalho relacionados a doenças do trabalho com CAT Registrada (Comunicado de Acidente de Trabalho - CAT), comportaram-se da seguinte forma: (2013) 17.182, (2014) 17.599, (2015) 13.240. Os casos de doenças do trabalho vinham em uma crescente, todavia com o advento da crise econômica, que repercutiu principalmente no ano de 2015, houve uma diminuição das doenças do trabalho, devendo levar em consideração a variável do aumento do desemprego nesse período para fazer uma análise real.

Mesmo com dados com variáveis externas, que influenciam no resultado, já é suficiente para que haja uma preocupação maior nas políticas públicas relacionadas à saúde do trabalhador, pois cabe ressaltar que já é número preocupante, porque diz respeito apenas aos dados oficialmente catalogados com CAT, porém ainda tem os que não houveram registro e os trabalhadores que atuam na informalidade, que de acordo com o Instituto de Pesquisa Economia Aplicada - IPEA representavam, no 4º semestre de 2016, 45,37% da força de trabalho ocupada (BRASIL, 2017c). Não tendo, portanto, como realmente dimensionar a quantidade de pessoas atingidas com a insalubridade e as doenças acometidas, fato esse que sequer é mencionado tanto na inicial da ADI 5605 quanto no relatório da Reforma Trabalhista, encarando a saúde do trabalhador, em especial da gestante e do feto, como irrelevantes diante dos fatores econômicos levantados erroneamente.

O Brasil deve seguir evoluindo socialmente, seja na melhoria do meio ambiente do trabalho, por meio da redução e eliminação dos riscos, ou pelo afastamento de determinados

trabalhadores em situação de fragilidade dos ambientes insalubres, pois esse é o pensamento das políticas públicas internacionais mais desenvolvidas, fazendo assim com que a alteração do art. 394-A venha no sentido oposto das leis protetivas mais ajustadas.

4.2.3 A proteção do nascituro

O ponto mais importante sobre a temática da insalubridade da gestante está no direito do nascituro, pois a maior proteção a ser dada na verdade é ao feto, uma vez que não temos como saber a real dimensão que os agentes insalubres ocasionam nele, seja pela sujeição à riscos químicos, biológicos ou mesmo físicos.

Corroborando com essa problemática, um estudo realizado em colaboração com *National Board of Health and Welfare, the Swedish Social Insurance Agency, and Statistics Sweden*, na Suécia, em mais de 1,4 milhões de recém-nascidos, no período de 1986 a 2008, em que foi considerada a ocupação das mães, hábitos, idade, etnia, licença maternidade e fatores socioeconômicos, concluiu-se que as mães que se submetem a trabalhos ruidosos têm aumentadas em 80% a chance de a criança ter a sua audição prejudicada, total ou parcialmente. (SELANDER, 2015).

Concluiu o estudo que "[...] a exposição ao ruído ocupacional durante a gravidez está associada à disfunção auditiva futura em crianças [indicando] que as mulheres grávidas não devem ser expostas a altos níveis de ruído no trabalho."[2]

Vê-se que não importa que a mãe esteja bem protegida, neste caso, com protetores auriculares suficientes a eliminar os efeitos danosos à sua saúde, pois ainda resta saber como se protege, por exemplo, a audição do bebê ainda no ventre.

Outra pesquisa realizada nos Estados Unidos, investigou a correlação entre a exposição de enfermeiras gestantes à drogas antineoplásicas, gases anestésicos, medicamentos antivirais, agentes esterilizantes (desinfetantes) e raios-X e o risco de abortos espontâneos. (LAWSON, 2012)

Foram obtidos os seguintes resultados: das 7.482 participantes elegíveis, 6.707 relataram nascimento com vida e 775 (10%) abortos espontâneos, com menos de 20 semanas de gestação. Despois dos ajustes necessários à análise, foi constatada a associação da exposição

[2] Tradução livre das autoras, do texto "This nationwide population-based study supports the hypothesis that occupational noise exposure during pregnancy is associated with future hearing dysfunction in children. Taken together with previous epidemiological and experimental studies as well as mechanistic data, the available data indicate that pregnant women should not be exposed to high levels of noise at work." (SELANDER, 2015)

dos fármacos antineoplásicos a um risco 2 vezes maior de aborto espontâneo precoce, antes da 12ª semana de gestação, e a 3,5 vezes maior entre as mulheres nulíparas, que nunca tiveram filhos. Já com relação aos agentes esterilizantes, foi associado um aumento de duas vezes maior o risco de aborto espontâneo tardio, entre a 12ª e 20ª semana de gestação. Diante disso os pesquisadores concluíram que certas exposições profissionais comuns aos enfermeiros estão relacionadas aos riscos de aborto espontâneo.

Portanto, não há como mensurar as consequências que a exposição da gestante a ambientes insalubres podem gerar no feto, seja uma má formação, um aborto, problemas sistêmicos, dentre tantos outros. Não tem como comparar qualquer outro tipo de trabalhador, independente do sexo, com a gestante, porque nesse momento a maior proteção a ser dada é ao nascituro, em face da sua extrema fragilidade e da inexistência de equipamentos de proteção realmente capazes de protegê-lo. Assim, resta como solução ou a eliminação do risco ou o afastamento da gestante e lactante dos locais insalubres.

5 AVALIAÇÃO, ANÁLISES E CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do embasamento teórico preliminar, da trajetória percorrida pela proteção da insalubridade da gestante, das problemáticas debatidas no judiciário e no legislativo, na avalição dos dados estatísticos apresentados e sob prima do retrocesso social e do mínimo existencial, fica clara a confirmação da hipótese levantada, isto é, com a aprovação da Lei nº 13.467/17 houve de fato um retrocesso social e uma consequente inconstitucionalidade do art. 394-A da CLT, pois além de regredir em uma proteção social fundamental, o embasamento utilizado como motivo suficiente para a alteração legislativa não condiz com a realidade, não sendo adequados para a perda de um direito diretamente relacionado com a dignidade da pessoa humana.

A Reforma Trabalhista, além de ter ocasionado o retrocesso social no ponto em que terce sobre a exposição da gestante a ambientes laborais insalubres, confirma que o problema da discriminação da mulher no ambiente de trabalho vai muito além do que uma questão de tutela de norma de saúde laboral, tendo outros motivos, mas não da forma que foram elencados no relatório de alteração legislativa.

O estudo também conclui que a situação do meio ambiente laboral, em especial os insalubres ainda são uma preocupação da sociedade, devendo as políticas públicas perseguirem uma melhoria nesse quadro, e não pensar eminentemente em questões financeiras e econômicas que rodeiam a problemática, pois o bem em análise é impossível de se avaliar e de se mensurar,

pelo fato de envolver a saúde e a vida dos trabalhadores, bem como dos fetos e bebês em desenvolvimento.

Por fim, consegue-se inferir que não há como mensurar exatamente o alcance dos danos aos fetos em desenvolvimento, pois são seres ainda em formação que não possuem o mesmo sistema biológico da mãe, não podendo em nenhum momento serem colocados no mesmo patamar de proteção, até porque como relatado, os EPI's que protegem a trabalhadora gestante não são suficientes para proteção do nascituro, corroborando com a justificativa do afastamento dessa do ambiente exposto a riscos químicos, físicos e biológicos.

Há de se lembrar que os direitos sociais, são conquistas que devem ser respeitadas e perseguidas, principalmente quando estamos nos referindo a direitos tão essenciais ligados à saúde e à dignidade da pessoa humana, bens que não têm como ser menosprezados e negociados. Infelizmente as justificativas apresentadas pelo relator do projeto da Reforma Trabalhista destroem todo contexto do direito do trabalho e da maternidade humanizados, retrocedendo e se mostrando indiferente com a saúde da gestante e do nascituro, e enaltecendo a importância mais da repercussão monetária do que o trabalho decente e salubre.

6 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Versión castellana de Ernesto Garzón Valdés. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. 378p.

BRASIL. Câmara dos Deputados, 2017a. **Comissão Especial PL 6.787/2016**. Reforma Trabalhista. Disponível em: < http://www2.camara.leg.br/deputados/discursos-e-notas-taquigraficas/discursos-em-destaque/projeto-de-lei-no-6787-2016-reforma-trabalhista/Reuniao%200272-17%20de%20120417%20Dep%20Rogeiro%20Marinho.pdf >. Acesso em 02 ago. 2017.

_____. _____. **PL 814/2007.** Acrescenta dispositivo à Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, para proibir o trabalho da gestante ou lactante em atividades, operações ou locais insalubres, 2007. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=349187>. Acesso em 08 ago. 2017.

_____. IBGE. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua Primeiro trimestre de 2017, 2017b. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_continua/Trimestral/Fasciculos_Indicadores_IBGE/pnadc_201701_trimestre_caderno.pdf >. Acesso em 10 ago. 2017.

_____. IPEA. Mercado de Trabalho: Conjuntura e Análise, 2017c. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/mercadodetrabalho/170505_bmt_62.pdf >. Acesso em 06 ago. 2017.

_____. MTE. Boletim Especial do Observatório: Participação feminina no mercado de trabalho, 2017d. Disponível em: <http://obtrabalho.mte.gov.br/images/artigos/Boletim-Especial-do-Observatrio-Mulher-e-Mercado-de-Trabalho.pdf>. Acesso em 09 ago. 2017.

_____._____. MTE. Programa de disseminação das estatísticas o trabalho, 2017e. Disponível em: <http://pdet.mte.gov.br/index.php/caged >. Acesso em 07 ago. 2017.

_____._____. MTE. Programa de disseminação das estatísticas o trabalho, 2016a. Disponível em: <http://pdet.mte.gov.br/caged/caged-2016/caged-dezembro-2016>. Acesso em 09 ago. 2017.

_____. Previdência Social. Boletim estatístico regional, mar. 2017f. Disponível em:<http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2017/05/berps17.03.pdf>. Acesso em 10 ago. 2017.

_____. Previdência Social. Anuário Estatístico de Acidente de Trabalho 2015a, <http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2017/05/aeat15.pdf>. Acesso em 06 de ago. 2017.

_____. Senado Federal. PL 76/2014. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/118226>. Acesso em 01 ago 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 658312, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-027 DIVULG 09-02-2015 PUBLIC 10-02-2015

_____._____. ADI 5605, 2016b. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=327056&caixaBusca=N >. Acesso em 01 ago 2017.

_____. _____. ADPF 347 MC, 2015b Rel. Min. MARCO AURÉLIO. Tribunal Pleno, j. em 09/09/2015. DJe-031 Divulg. 18/02/2016 Public. 19/02/2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. AgR-AIRR - 24970-47.2015.5.24.0066 Data de Julgamento: 02/08/2017g. Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/08/2017.

Bury, Jonh Bagnell. **The Idea of Progress: an inquiry into its origins and growth**. London: Macmillan and Co., 1920.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2003.

LAWSON, Christina C. et al**. Occupational exposures among nurses and risk of spontaneous abortion**. American journal of obstetrics and gynecology, v. 206, n. 4, p. 327, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Brasília: Saraiva, 2013.

OIT. Escritório Brasil, 2012. Disponível em: < http://www.oitbrasil.org.br/content/protecao-maternidade-nao-e-somente-uma-questao-pessoal>. Acesso em 05 ago. 2017.

_____. **Proteção da maternidade**, 2009.Disponível em:< http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/nota_4.pdf>. Acesso em 05 ago. 2017.

_____. **Recomendação 191**, 2000. Disponível em: < http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312529:NO>. Acesso em 05 ago 2017.

PRONI, Thaíssa Tamarindo da Rocha Weishaupt. **Proteção institucional à maternidade no Brasil: uma caso de expansão da garantia legal**. São Paulo: Ltr, 2013.

POLETTI, Ronaldo. **Coleção Constituições brasileiras**, v. 3. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. Disponível em: < https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137602/Constituicoes_Brasileiras_v3_1934.pdf?sequence=10>. Acesso em 01 ago 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. Ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos Direitos Fundamentais**. Do sistema geracional ao sistema unitário – uma proposta de compreensão. 2. ed., revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

SELANDER, Jenny; ALBIN, Maria; ROSENNHALL, Ulf; RYLANDER, Lars; LEWNW, Marir; GUSTAVSSON, Per. **Maternal Occupational Exposure to Noise during Pregnancy and Hearing Dysfunction in Children: A Nationwide Prospective Cohort Study in Sweden**, 2015. Disponível em:< https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4892921/>. Acesso em 05 ago 2017

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições**. São Paulo: Malheiros, 2010.