

**XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO
CONPEDI BUENOS AIRES –
ARGENTINA**

DIREITO CONSTITUCIONAL III

RUBENS BEÇAK

THAIS JANAINA WENCZENOVICZ

BERNARDO LEANDRO CARVALHO COSTA

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

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gagher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

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

C755

Direito Constitucional III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Bernardo Leandro Carvalho Costa; Rubens Beçak; Thais Janaina Wenczenovicz. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-763-2

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

Tema: Derecho, Democracia, Desarrollo y Integración

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Constitucional. XII Encontro Internacional do CONPEDI Buenos Aires – Argentina (2: 2023 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA

DIREITO CONSTITUCIONAL III

Apresentação

Envolvendo DIREITO CONSTITUCIONAL, o presente livro conta com relevantes pesquisas, resultantes do XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA.

O livro é composto pelos seguintes artigos:

O COMBATE A DESINFORMACAO COMO INSTRUMENTO DE DEFESA AO PROCESSO DEMOCRATICO ELEITORAL

Rubens Beçak , Marcelo Toffano , Fabrício Facury Fidalgo

O trabalho de Rubens Beçak, Marcelo Toffano e Fabrício Facury Fidalgo, trouxe elementos da importante discussão que se faz nos processos eleitorais com relação ao tratamento da informação, sobretudo explorando a questão da desinformação em seu contexto atual.

Neste artigo Rubens Beçak e Maiara Carlos Melara analisam as necessárias alterações na legislação de acesso à informação pública no Brasil para se adequar ao contexto atual de avanço das novas tecnologias, sobretudo com vistas à proteção no cenário eleitoral.

A NATUREZA JURÍDICA DOS QUATRO PRIMEIROS ATOS INSTITUCIONAIS DA DITADURA MILITAR NO BRASIL (1964-1968)

Rodrigo Alessandro Sartoti

O trabalho de Rodrigo Alessandro Sartoti busca demonstrar como o Supremo Tribunal Federal (STF) analisou, em 602 acórdãos, os atos institucionais da ditadura militar, demonstrando se realmente os atos foram analisados no contexto jurídico.

A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONSTITUCIONAIS POR MEIO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

João Luiz Martins Teixeira Soares

João Luiz Martins Teixeira Soares busca demonstrar a relevância da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no contexto do processo constitucional brasileiro, destacando, sobretudo, o caráter subsidiário da ADPF nesse sistema. O trabalho menciona uma série de casos, evidenciando a relevância da participação popular na legitimidade do sistema constitucional.

APLICAÇÃO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA NO PROCESSO LEGISLATIVO COMO RESGATE DA REPRESENTATIVIDADE

Vitor Hugo da Trindade Silva , Clóvis Ferreira Júnior , Lucas De Souza Lehfeld

Neste trabalho Vitor Hugo da Trindade Silva , Clóvis Ferreira Júnior e Lucas De Souza Lehfeld analisam o tema destacado no título em um contexto de conflito de normas existentes no contexto do processo legislativo municipal, buscando destacar a aplicabilidade dos princípios constitucionais ao âmbito prático dos municípios.

A PROPRIEDADE E SEU TRATAMENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL: DIREITO PATRIMONIAL OU FUNDAMENTAL?

Francielle Eliz Ortolan , Luiz Henrique Urquhart Cademartori

Francielle Eliz Ortolan e Luiz Henrique Urquhart Cademartori destacam as diferentes correntes de influência do instituto da propriedade no Direito Brasileiro, sobretudo as ramificações de cunho civilista e constitucionalista.

O EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA NOMOTÉTICA PELA JUSTIÇA ELEITORAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA QUANTO ÀS NORMAS GERAIS ABSTRATAS SEM O DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO E A CONFIGURAÇÃO DE ESTADO DE EXCEÇÃO

Larissa De Moura Guerra Almeida

A pesquisa de Larissa De Moura Guerra Almeida trabalha com o conceito de estado de exceção para analisar a competência legislativa da Justiça Eleitoral no Brasil, sobretudo em termos de produção normativa do Tribunal Superior Eleitoral (STE) e de interpretação das normas pelo referido tribunal.

A JURISPRUDÊNCIA DE CRISE NA JURISDIÇÃO ELEITORAL

Cassio Prudente Vieira Leite

O trabalho de Cassio Prudente Vieira Leite contextualiza a relevância da jurisprudência da Justiça Eleitoral no tratamento de crises ao longo da história democrática brasileira, passando por diferentes períodos e temas.

DIREITOS HUMANOS, O PARADOXO DA CIVILIZAÇÃO (?): BREVES REFLEXÕES ABOLICIONISTAS FRENTE ÀS (IN)JUSTIFICAÇÕES DAS PENAS NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Gil Scherer , Cristiane Feldmann Dutra , Naiadi Bertoldo Marchi

A pesquisa de Gil Scherer , Cristiane Feldmann Dutra e Naiadi Bertoldo Marchi analisa o sistema carcerário brasileiro, com ênfase em presídios femininos, por meio da perspectiva de teorias abolicionistas da pena, com vistas a elencar uma crítica ao atual sistema punitivista do Brasil.

ENSINO E EXTENSÃO DE PROCESSO LEGISLATIVO NA CONSTRUÇÃO DO SENTIMENTO CONSTITUCIONAL: ESTUDO DESDE O REGIMENTO INTERNO DA CÂMARA MUNICIPAL DE VITÓRIA

Abraham Hand Vargas Mencer , Daury Cesar Fabriz

Neste artigo, Abraham Hand Vargas Mencer e Daury Cesar Fabriz destacam a relevância de projetos de extensão em processo legislativo pode contribuir na concretização de objetivos constitucionais da Educação, por meio da análise de um caso concreto, da Câmara Municipal de Vitória.

INTERCONEXÃO ENTRE CULTURA E NOVAS CONFIGURAÇÕES FAMILIARES NO CONTEXTO JURÍDICO BRASILEIRO GARANTIDOR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Rosângela Angelin , Marigley Leite da Silva de Araujo

O trabalho de Rosângela Angelin e Marigley Leite da Silva de Araujo elenca as novas configurações familiares e sustenta a relevância da efetivação dos direitos fundamentais em conformidade com a alteração da cultura jurídica na sociedade.

REFLEXÕES SOBRE O MODELO SOCIOPOLÍTICO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A GESTÃO BOLSONARO DIANTE DOS DADOS DA PANDEMIA DA COVID-19

Myllhyans Marjosefa de Lima Braz

Nesta pesquisa, Myllhyans Marjosefa de Lima Braz analisa conceitos como “mistanasia”, que representa a morte evitável, no contexto da Pandemia do Covid-19 no Brasil, traçando linhas constitucionais para a devida proteção da vida.

O HIPERPRESIDENCIALISMO PRESENTE NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL LATINO-AMERICANA

Poliane Carvalho Almeida

O trabalho de Poliane Carvalho Almeida faz uma análise do hiperpresidencialismo na América Latina, passando pelos diferentes períodos, desde o colonial, para destacar como as características desse fenômeno repetiram-se nesses momentos históricos.

REFLEXÕES SOBRE O DESENVOLVIMENTO E A CRISE DA DEMOCRACIA

Aline Hoffmann, Alessandra Vanessa Teixeira e Matheus Pasqualin Zanon propõem um debate sobre as relações entre Política e Direito para a análise da crise democrática no contexto de governos autoritários, destacando, sobretudo, fenômenos como o negacionismo científico no âmbito do debate democrático.

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO LIMITES LEGIFERANTES: UM ENFOQUE EM SEU PAPEL COMO SCHRANKEN-SHRANKEN

Lorenzo Borges de Pietro

Neste trabalho Lorenzo Borges de Pietro trabalha o termo dignidade humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) para demonstrar como a utilização deste termo pode ser direcionada para

O presente livro, portanto, é de grande contribuição para a consolidação das pesquisas em DIREITO CONSTITUCIONAL junto ao Conpedi.

As pesquisas, todas em nível de pós-graduação, contam com as contribuições dos debates dos doutores Thais Janaina Wenczenovicz, Rubens Beçak e Bernardo Leandro Carvalho Costa.

Desejamos a todos uma ótima leitura; e renovamos o convite para as próximas edições!

Envolvendo DIREITO CONSTITUCIONAL, o presente livro conta com relevantes pesquisas, resultantes do XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA.

O livro é composto pelos seguintes artigos:

O COMBATE A DESINFORMAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE DEFESA AO PROCESSO DEMOCRÁTICO ELEITORAL

Rubens Beçak , Marcelo Toffano , Fabrício Facury Fidalgo

Neste artigo Rubens Beçak e Maiara Carlos Melara analisam as necessárias alterações na legislação de acesso à informação pública no Brasil para se adequar ao contexto atual de avanço das novas tecnologias, sobretudo com vistas à proteção no cenário eleitoral.

A NATUREZA JURÍDICA DOS QUATRO PRIMEIROS ATOS INSTITUCIONAIS DA DITADURA MILITAR NO BRASIL (1964-1968)

Rodrigo Alessandro Sartoti

O trabalho de Rodrigo Alessandro Sartoti busca demonstrar como o Supremo Tribunal Federal (STF) analisou, em 602 acórdãos, os atos institucionais da ditadura militar, demonstrando se realmente os atos foram analisados no contexto jurídico.

A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONSTITUCIONAIS POR MEIO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

João Luiz Martins Teixeira Soares

João Luiz Martins Teixeira Soares busca demonstrar a relevância da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no contexto do processo constitucional brasileiro,

destacando, sobretudo, o caráter subsidiário da ADPF nesse sistema. O trabalho menciona uma série de casos, evidenciando a relevância da participação popular na legitimidade do sistema constitucional.

APLICAÇÃO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA NO PROCESSO LEGISLATIVO COMO RESGATE DA REPRESENTATIVIDADE

Vitor Hugo da Trindade Silva , Clóvis Ferreira Júnior , Lucas De Souza Lehfeld

Neste trabalho Vitor Hugo da Trindade Silva , Clóvis Ferreira Júnior e Lucas De Souza Lehfeld analisam o tema destacado no título em um contexto de conflito de normas existentes no contexto do processo legislativo municipal, buscando destacar a aplicabilidade dos princípios constitucionais ao âmbito prático dos municípios.

A PROPRIEDADE E SEU TRATAMENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL: DIREITO PATRIMONIAL OU FUNDAMENTAL?

Francielle Eliz Ortolan , Luiz Henrique Urquhart Cademartori

Francielle Eliz Ortolan e Luiz Henrique Urquhart Cademartori destacam as diferentes correntes de influência do instituto da propriedade no Direito Brasileiro, sobretudo as ramificações de cunho civilista e constitucionalista.

O EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA NOMOTÉTICA PELA JUSTIÇA ELEITORAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA QUANTO ÀS NORMAS GERAIS ABSTRATAS SEM O DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO E A CONFIGURAÇÃO DE ESTADO DE EXCEÇÃO

Larissa De Moura Guerra Almeida

A pesquisa de Larissa De Moura Guerra Almeida trabalha com o conceito de estado de exceção para analisar a competência legislativa da Justiça Eleitoral no Brasil, sobretudo em termos de produção normativa do Tribunal Superior Eleitoral (STE) e de interpretação das normas pelo referido tribunal.

A JURISPRUDÊNCIA DE CRISE NA JURISDIÇÃO ELEITORAL

Cassio Prudente Vieira Leite

O trabalho de Cassio Prudente Vieira Leite contextualiza a relevância da jurisprudência da Justiça Eleitoral no tratamento de crises ao longo da história democrática brasileira, passando por diferentes períodos e temas.

DIREITOS HUMANOS, O PARADOXO DA CIVILIZAÇÃO (?): BREVES REFLEXÕES ABOLICIONISTAS FRENTE ÀS (IN)JUSTIFICAÇÕES DAS PENAS NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Gil Scherer , Cristiane Feldmann Dutra , Naiadi Bertoldo Marchi

A pesquisa de Gil Scherer , Cristiane Feldmann Dutra e Naiadi Bertoldo Marchi analisa o sistema carcerário brasileiro, com ênfase em presídios femininos, por meio da perspectiva de teorias abolicionistas da pena, com vistas a elencar uma crítica ao atual sistema punitivista do Brasil.

ENSINO E EXTENSÃO DE PROCESSO LEGISLATIVO NA CONSTRUÇÃO DO SENTIMENTO CONSTITUCIONAL: ESTUDO DESDE O REGIMENTO INTERNO DA CÂMARA MUNICIPAL DE VITÓRIA

Abraham Hand Vargas Mencer , Daury Cesar Fabríz

Neste artigo, Abraham Hand Vargas Mencer e Daury Cesar Fabríz destacam a relevância de projetos de extensão em processo legislativo pode contribuir na concretização de objetivos constitucionais da Educação, por meio da análise de um caso concreto, da Câmara Municipal de Vitória.

INTERCONEXÃO ENTRE CULTURA E NOVAS CONFIGURAÇÕES FAMILIARES NO CONTEXTO JURÍDICO BRASILEIRO GARANTIDOR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Rosângela Angelin , Marigley Leite da Silva de Araujo

O trabalho de Rosângela Angelin e Marigley Leite da Silva de Araujo elenca as novas configurações familiares e sustenta a relevância da efetivação dos direitos fundamentais em conformidade com a alteração da cultura jurídica na sociedade.

REFLEXÕES SOBRE O MODELO SOCIOPOLÍTICO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A GESTÃO BOLSONARO DIANTE DOS DADOS DA PANDEMIA DA COVID-19

Myllhyans Marjosefa de Lima Braz

Nesta pesquisa, Myllhyans Marjosefa de Lima Braz analisa conceitos como “mistanasia”, que representa a morte evitável, no contexto da Pandemia do Covid-19 no Brasil, traçando linhas constitucionais para a devida proteção da vida.

O HIPERPRESIDENCIALISMO PRESENTE NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL LATINO-AMERICANA

Poliane Carvalho Almeida

O trabalho de Poliane Carvalho Almeida faz uma análise do hiperpresidencialismo na América Latina, passando pelos diferentes períodos, desde o colonial, para destacar como as características desse fenômeno repetiram-se nesses momentos históricos.

REFLEXÕES SOBRE O DESENVOLVIMENTO E A CRISE DA DEMOCRACIA

Aline Hoffmann, Alessandra Vanessa Teixeira e Matheus Pasqualin Zanon propõem um debate sobre as relações entre Política e Direito para a análise da crise democrática no contexto de governos autoritários, destacando, sobretudo, fenômenos como o negacionismo científico no âmbito do debate democrático.

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO LIMITES LEGIFERANTES: UM ENFOQUE EM SEU PAPEL COMO SCHRANKEN-SHRANKEN

Lorenzo Borges de Pietro

Neste trabalho Lorenzo Borges de Pietro trabalha o termo dignidade humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) para demonstrar como a utilização deste termo pode ser direcionada para diferentes sentidos, culminando em decisões antagônicas.

A ADI 5938 E A PROTEÇÃO AO DIREITO DE DUPLA TITULARIDADE DO NASCITURO E DA GESTANTE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO

As autoras Adriana Goulart de Sena Orsini e Paula Gondim de Sena Orsini em sua pesquisa analisam, de forma circunstanciada, a decisão da ADI 5938 pelo Supremo Tribunal Federal,

demonstrando a importância do referido julgado, seja para o Direito Constitucional, seja para o Direito do Trabalho, com destaque especial para o voto do Ministro Alexandre de Moraes e a doutrina da Proteção ao Direito de Dupla Titularidade do Nascituro e da Gestante.

O presente livro, portanto, é de grande contribuição para a consolidação das pesquisas em DIREITO CONSTITUCIONAL junto ao Conpedi.

As pesquisas, todas em nível de pós-graduação, contam com as contribuições dos debates dos doutores Thais Janaina Wenczenovicz, Rubens Beçak e Bernardo Leandro Carvalho Costa.

Desejamos a todos uma ótima leitura; e renovamos o convite para as próximas edições!

**A ADI 5938 E A PROTEÇÃO AO DIREITO DE DUPLA TITULARIDADE DO
NASCITURO E DA GESTANTE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
BRASILEIRO**

**ADI 5938 AND THE PROTECTION OF THE RIGHT OF DUAL OWNERSHIP OF
THE UNBORN AND PREGNANT WOMAN BY THE BRAZILIAN FEDERAL
SUPREME COURT**

**Adriana Goulart de Sena Orsini ¹
Paula Gondim de Sena Orsini ²**

Resumo

O estudo e a investigação sobre o sentido e caracterização da proteção aos direitos constitucionais do trabalho tem sido desenvolvido pela doutrina justralhista ancorado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. No campo teórico afirma-se a potência protetiva da Constituição da República de 1988 ao ser humano e aos direitos sociais (art. 7º, CR/88). Na dimensão empírica, a partir da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, demonstrar-se-á a um só tempo a virtuosidade do marco legal trabalhista, a sua perenidade como norma a lidar com aspectos da realidade laboral no Brasil, além da sua intrínseca vocação para constituir um arcabouço normativo protetivo ancorado no novo constitucionalismo Humanista e Social. Para cumprir o escopo proposto, elegeu-se a pesquisa teórica, realizada por meio de compilação e revisão de material bibliográfico e a pesquisa jurisprudencial no site do Supremo Tribunal Federal, em especial quanto ao julgamento da ADI 5938 e o direito de dupla titularidade do nascituro e da gestante.

Palavras-chave: Adi 5938, Direito de dupla titularidade, Direito do nascituro e da gestante, Supremo tribunal federal, Direitos sociais

Abstract/Resumen/Résumé

The study and investigation on the meaning and characterization of the protection of constitutional labor rights has been developed by the just labor doctrine anchored in the jurisprudence of the Federal Supreme Court. In the theoretical field, the protective power of the Constitution of 1988 to human beings and social rights is affirmed (art. 7, CR/88). In the empirical dimension, based on the analysis of the jurisprudence of the Federal Supreme Court, the virtuosity of the labor legal framework will be demonstrated at the same time, its continuity as a norm to deal with aspects of the labor reality in Brazil, in addition to its intrinsic vocation to constitute a protective normative framework anchored in the new Humanist and Social constitutionalism. To fulfill the proposed scope, theoretical research was chosen, carried out through the compilation and review of bibliographic material and

¹ Professora Associada Faculdade de Direito da UFMG. Membro do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG. Desembargadora Federal do Trabalho - TRT 3ª Região

² Graduanda no curso de Gestão Pública da UFMG.

jurisprudential research on the Federal Supreme Court website, in particular regarding the judgment of ADI 5938 and the right of dual ownership of the unborn child and the pregnant woman.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Adi 5938, Right of dual ownership, Right of the unborn child and pregnant woman, Federal court of justice, Social rights

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O estudo e a investigação sobre o sentido e caracterização da proteção aos direitos constitucionais do trabalho tem sido desenvolvido pela doutrina justralhista ancorado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal cujo recorte, para esse trabalho, é a proteção ao trabalho da gestante e ao nascituro.

No campo teórico afirma-se a potência protetiva da Constituição da República de 1988 ao ser humano e aos direitos sociais (art. 7º, CR/88). Na dimensão empírica, a partir da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, demonstrar-se-á a um só tempo a virtuosidade do marco legal trabalhista, a sua perenidade como norma a lidar com aspectos da realidade laboral no Brasil, além da sua intrínseca vocação para constituir um arcabouço normativo protetivo ancorado no novo constitucionalismo.

O campo sociotrabalhista, por distintos fatores, expressa, com clareza e até ênfase, a “arquitetura principiológica humanista e social do novo constitucionalismo” (DELGADO, ZANOTELLI E GUIMARÃES, 2019) para o necessário objetivo de concretização dos direitos fundamentais no constitucionalismo contemporâneo, também denominado de Constitucionalismo Humanista e Social, mediante a fórmula do Estado de Bem-Estar Social.

Para cumprir o escopo proposto, elegeu-se a pesquisa teórica, realizada por meio de compilação e revisão de material bibliográfico e a pesquisa jurisprudencial no site do Supremo Tribunal Federal, em especial quanto ao julgamento da ADI 5938.

2. A DIMENSÃO TEMPORAL DA CONSTITUIÇÃO E A LEI 13.467/17.

O processo de construção e definição de uma nova legislação envolve conflitos e tensões no interior da sociedade, situação que é acirrada nas democracias. As utopias anunciam soluções mágicas, mas o novo não será, necessariamente, melhor que o velho, apesar da carga semântica das palavras¹.

¹ Para aspectos sobre a história da Lei 13.467/17, sua tramitação e promulgação indica-se o Relatório da Pesquisa Pós-Doutoral realizada no ano de 2019 na cidade de Brasília/DF sob orientação do Professor-Doutor Maurício Godinho Delgado – UDF. https://www.academia.edu/96758084/Relatorio_INTEGRAL_Pos_doc_2019_2020_AGSO.

Nos últimos anos, houve razões para enxergar, mesmo sob uma aparente normalidade institucional, traços de uma verdadeira “crise constitucional” na conjuntura político-jurídica brasileira. Estudiosos a identificaram, porque primeiramente, colocava em evidência a excepcionalidade e o rompimento como chave de resolução dos problemas. Era uma crise constitucional, porque a Constituição de 1988 que estava colocada à prova, sua função estava em risco e “os procedimentos ordinariamente disponíveis para o enfrentamento de impasses e discordâncias não estavam sendo suficientes para resolver o impasse político” (PAIXÃO, 2018).

Pelo menos desde 2016, um plano de reformas, em especial a Lei 13.467/17 buscou realizar, via lei ordinária, a mitigação dos direitos sociais previstos na Constituição, em especial aqueles elencados nos artigos 7º a 9º, integrantes do núcleo fundamental da Carta Magna.

Por outro lado, uma imagem fortemente negativa da tradição política brasileira dá ênfase ao fracasso e ao insucesso da experiência constitucional (COSTA JUNIOR, 2017). Referida imagem vem sendo forjada e reforçada quase que cotidianamente pela grande mídia e pelo discurso comum, de modo a abrir caminho à “ideia ‘mágica’ de satisfação imediata do desejo” (CHAUI, 2013), como se, com a diminuição de direitos sociais, os problemas do Brasil fossem ser resolvidos.

A CLT instituída em 1943, sempre foi considerada um avanço da classe trabalhadora brasileira, expressando historicamente as grandes conquistas dessa classe em decorrência das lutas dos movimentos sociais e suas pautas pelos direitos trabalhistas nas décadas iniciais do século XX. Nesse sentido, a CLT transformou-se em parâmetro central que balizou as relações de trabalho no país, impedindo que estas resvassem para a pura mercantilização da força de trabalho. (COSTA, 2005).

Processos históricos orientados pela impaciência provocam aceleração do tempo do direito. No caso do Direito do Trabalho, tanto a tramitação quanto a aprovação em tempo recorde da Lei 13.467/2017, demonstraram a urgência imprimida em acelerar o tempo para alterar o arcabouço normativo e jurisprudencial nacional. Impaciência e aceleração do tempo são características de processos que conduzem ao desapareço dos projetos de longo e de médio prazo, além do retrocesso das conquistas de reconhecimento dos direitos sociais no Brasil.

O tempo da Constituição é um projeto de longo prazo. Trata-se de um ato fundacional sempre retomado e renovado. É compreendido como tempo da processualidade, da duração e

dos comprometimentos de longo prazo que se realizam e tem continuidade por meio de sucessivas gerações.

O processo de aceleração do tempo constitucional ocorre quando as pressões imediatistas do “mercado” passam a orientar e a ajustar comprometimentos públicos de longa duração (obrigatórios e fundamentais para a autocompreensão de um povo). Em outras palavras: quando o tempo da Constituição [é submetido à velocidade do tempo do mercado, da competitividade e da austeridade. Tais noções são apropriadas para delinear o surto de impaciência e urgência que se impôs, estrategicamente, contra a Constituição de 1988 e o tempo dos seus processos, seus direitos e a sua efetivação.

É nesse sentido que a reforma trabalhista de 2017 e as que vem se seguindo são “desconstituintes” (CATTONI, 2017), porque invertem a fundação constitucional de 1988 e a submete a um “estado de exceção econômico” (BERCOVICI; MASSONETO, 2006), desprezando a dimensão temporal de Constituição (e das políticas públicas necessárias para a sua realização) como processo tenso, contraditório e não imediatista. Trata-se de um processo de construção e de aprendizado no tempo que toma os capítulos passados como base e os desenvolve na história ao longo de consecutivas propostas e até mesmo de sucessivos governos.

Conforme CATTONI e SALLES (2021) a “temporalização destemporalizada, conduzida pela pressão aceleratória autojustificada em si mesma, provoca, assim, uma dessincronização das esferas sociais.” Afirmam os autores que, no caso dos direitos sociais, há uma incapacidade de “envolver-se em comprometimentos públicos de longa duração e de desenvolver prioridades resistentes ao tempo”, parecendo impor ao “tempo da Constituição um dinamismo - próprio da Economia - que conduz a sua erosão”.

A Lei 13.467/2017 é desconstituente, não só porque busca ferir de morte o núcleo central constitucional do valor social do trabalho humano, mas também porque se insere dentro de um processo estrutural acelerado de mudança voltada a cumprir dinâmicas do mercado em tempo histórico que é afeto a economia e não ao direito.

3. A LEI 13.467/2017: APONTAMENTOS SOB A LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Lei 13.467/17 procurou dar respaldo legal a práticas já existentes no mercado de trabalho e oferecer novas opções contratuais para empregadores ajustarem a quantidade e os custos do trabalho às suas necessidades. Trata-se de estímulo à contratação atípica, introduzindo o contrato intermitente e o autônomo permanente, vergando umas das colunas centrais da principiologia contratual celetista: a indeterminação do prazo contratual como a regra dos contratos de trabalho.

Observa-se, sem dificuldade, que um dos objetivos centrais com o novo e extenso cardápio de possibilidades contratuais do trabalho foi o de proporcionar uma ainda maior liberdade para as empresas na gestão da força de trabalho, ampliando seu campo de manejo da utilização do trabalho de acordo com as suas necessidades mediatas nos pilares centrais da relação de emprego: remuneração do trabalho, jornada de trabalho e modalidades de contratação.

A liberdade ainda mais ampliada do que a que já existia (lembramos que sempre foi possível transacionar duração e remuneração do trabalho, consoante a CR/88) foi alcançada com a Lei 13.467/17. A liberdade na forma de contratação sempre foi um ponto importante para os defensores da mudança legislativa, pois argumentavam que a rigidez contratual celetista atuava como um potencializador na judicialização trabalhista.

Afirmavam que a ampla judicialização dos conflitos trabalhistas e a atuação da Justiça do Trabalho em dissonância à “modernização” necessária, gerava inseguranças e afastava os investimentos aptos ao desenvolvimento econômico.

Todavia, mais da metade da chamada judicialização trabalhista dizem respeito ao descumprimento de direitos relativos ao pagamento de verbas rescisórias quando do rompimento do contrato sem justa causa. Ou seja: mais da metade das ações trabalhistas ajuizadas diz respeito ao não cumprimento da indenização devida, indenização esta que também está presente em qualquer relação contratual no campo empresarial, comercial e consumidor (CAMPOS, 2017).²

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) como norma legislativa de referência e regulamentação das leis relativas ao Direito do Trabalho e ao Direito Processual do Trabalho no Brasil representou, historicamente, a proteção social do trabalhador, por parte do Estado, fruto de uma ampla e longa luta dos movimentos sociais pelos direitos trabalhistas.

² Conflitos laborais no Brasil: a Justiça do Trabalho e as alternativas de resolução. IPEA – Boletim Mercado de Trabalho – Conjuntura e Análise n. 63, Outubro de 2017.

Apesar disso, de modo gradual, a CLT foi sofrendo emendas, desconstruções e retrocessos, causados, em sua maioria, pela modernização conservadora, desde a ditadura militar, e mais recentemente, pelos ditames da ordem neoliberal, associada a práticas políticas, sociais e ideológicas de dominação.

Segundo SANTOS (1989) o próprio tempo expressa uma relação de dominação e dependência:

“Há, pois, tempos dentro do tempo, tempos hegemônicos e tempos subalternos, o tempo dos que controlam a vida produtiva e a vida social e o tempo dos que vivem em função desse controle. Há um tempo desigual das diversas empresas segundo sua força e um tempo desigual dos diversos homens, segundo o seu lugar no processo produtivo” (SANTOS, 1989, p. A-3).

Mário de La Cueva³ (1954) desenvolveu uma verdadeira epistemologia jurídico laboral, explicando que o Direito do Trabalho tem um núcleo e um envoltório protetor para o seu desenvolvimento. O núcleo corresponde aos princípios e as instituições que asseguram (ou procuram assegurar) ao trabalhador uma proteção imediata. É composto do direito individual e das tutelas aos trabalhos da mulher, da criança e do jovem. O primeiro núcleo é constituído pelas normas reguladoras das prestações individuais de serviços, pelas regras de proteção à vida e à saúde do trabalhador, visando um nível condigno de existência. O segundo núcleo regula a proteção à maternidade, à infância e à juventude.

O envoltório, segundo o respeitado autor, é integrado pelo conjunto de instituições jurídicas que servem para criar e proteger a parte nuclear do Direito do Trabalho. A capa protetora atua por meio de instrumentos variados que podem ser de controle, pressão e ação.

A atividade de controle é desempenhada pelas autoridades do trabalho, que possuem a atribuição específica de elaborar, fiscalizar e fazer cumprir o Direito do Trabalho, compreendendo os órgãos do Poder Legislativo, quando legislam sobre ele; os agentes do Poder Executivo que fiscalizam o cumprimento das normas laborais; os membros do Ministério Público do Trabalho que oficiam e agem nos processos e nas questões do trabalho e os Juízes e Tribunais quando aplicam as normas do Direito Laboral. A atividade de pressão é realizada pelas associações sindicais lato senso. E a atividade de ação é da alçada do Direito Processual do Trabalho que é o ramo jurídico que realiza o direito do trabalho no Poder Judiciário.

³ A obra *Derecho Mexicano Del Trabajo* é, até hoje, um marco da epistemologia jurídico-laboral.

Não foi a primeira vez que o Direito do Trabalho se viu frente a mudanças voltadas a desproteção do trabalhador, quiçá voltadas ao dismantelamento das suas regras protetivas, seja no seu núcleo, seja no seu envoltório. Todavia, o processo de aceleração do tempo imprimindo no ano de 2017 foi intenso e disruptivo.

Orlando Teixeira da Costa com sabedoria que lhe era característica, além de arguta inteligência afirmava que o magistrado do trabalho deveria possuir uma postura intelectual que correspondesse ao exercício de sua jurisdição especial, compreendendo as razões que geraram o surgimento do Direito do Trabalho, das funções que pretende desempenhar e da finalidade que intenta realizar em uma sociedade capitalista (COSTA, 1982)

O Direito do Trabalho como ramo especializado que é, tem seus princípios, suas instituições e suas normas fundamentais. Nunca é demais lembrar que a Constituição da República tornou grande parte dos direitos celetistas em direitos constitucionais. Aquele núcleo que nos ensina Mário de la Cueva (1954) é, na topografia constitucional, uma das suas cartas de apresentação no cuidado e respeito aos direitos do ser humano que trabalha.

Parece haver uma tentativa de ruptura do direito do trabalho consigo mesmo e com as suas raízes, tendo ou não sido alteradas. Ao largo das palavras que induzem a uma narrativa que pode agradar ou desagradar é preciso refletir e, especialmente, levantar o véu ou a fumaça sob o contrato de trabalho e verificar se a base da relação de trabalho na sociedade capitalista brasileira foi alterada. Os elementos fático-jurídicos da relação de emprego (arts. 2º e 3º da CLT) foram realmente modificados?!

Em sendo negativa a resposta, como penso, ainda que se afirme que é preciso modernizar, há de se perguntar: modernizar para quem e o que?! Sem qualificar a modernização como humana, voltada a pessoa que trabalha na relação de emprego, não é possível dizer que se trata de modernização e muito menos evolução. A história nos demonstra que, ao olvidar a pessoa, seus direitos e sua dignidade, inclusive no trabalho, há retrocesso social e o caminho direcionado a um futuro melhor e mais justo para o conjunto da sociedade, fica cada vez mais distante e falso.

Em 1982, Orlando Teixeira da Costa, à época Ministro do TST, publicou um artigo na Revista do TRT da 8ª Região, sobre os princípios do Direito do Trabalho e que, ao final, traz uma reflexão sobre a interpretação e aplicação da lei. Trata-se de uma reflexão imprescindível, quando a especialização parecem perder o motivo e a essência. A saber:

“Na interpretação e aplicação da lei, é muito importante que o julgador integrante dos quadros da Justiça do Trabalho, para que não incida em ângulo errado de visão, julgando

estar agindo parcialmente, quando apenas está aplicando uma lei que intencionalmente concede alguma superioridade jurídica ao trabalhador. Quanto a esse aspecto, **não serão poucas as admoestações amistosas que receberá daqueles com quem mais comumente convive – os da sua classe social – e dos quais poderá receber uma influência indesejável, se não tiver um horizonte teórico perfeitamente claro à sua frente.** Para que assim seja, é que o magistrado trabalhista necessita estar imbuído dos princípios normativos que informam o direito do trabalho. Sem conhecer a lei, ninguém pode aplicá-la. Sem conhecer os princípios específicos do juslaboralismo, não existe quem possa aplicar com correção a legislação do trabalho. E como os princípios, além de representarem normas hermenêuticas, são faróis que orientam toda a conduta do magistrado, para ser juiz do trabalho não basta saber direito laboral. É necessário acreditar nele: nos seus princípios, nas suas instituições e na eficácia de suas normas”. (**grifou-se**) (COSTA, 1982, p. 147)

Portanto, nunca é demais lembrar a importância dos princípios jurídicos e a sólida formação do jurista atual a compreensão aprofundada dos seus sentidos, inclusive. Nos ensina a doutrina abalizada:

“ O atual paradigma do Estado Democrático de Direito, com o seu conteúdo e o seu direcionamento humanísticos e sociais, trouxe à tona a constitucionalização de direitos fundamentais individuais e sociais, potencializados mediante um diferencial de notável relevância, qual seja, a normatividade conferida aos princípios jurídicos. Assim, os princípios jurídicos que, anteriormente, eram utilizados apenas de maneira subsidiária, agora ostentam normatividade jurídica, podendo ocupar, inclusive, a forma de direitos fundamentais, tal como ocorre na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.”⁴

A crítica aos direitos sociais, ao direito do trabalho e às suas instituições, inclusive com ações concretas quanto a extinção (Ministério do Trabalho e Emprego) e ameaças veladas ou não (Justiça do Trabalho e Ministério Público do Trabalho), além da narrativa da ineficiência da Constituição de 1988 é mobilizada para a construção de um quadro catastrófico e urgente. Quadro este que busca levar a conclusão inexorável que o Brasil está à beira de um colapso e, apenas uma ruptura radical proporcionaria ganhos de racionalidade, moralidade e eficiência econômica com a geração de postos de trabalho e manutenção dos existentes.

4 DELGADO, Maurício Godinho; ZANOTELLI, Rubia; GUIMARÃES, Tânia Mathias. Notas sobre a arquitetura principiológica humanista e social da Constituição da República de 1988 e a concretização dos direitos fundamentais no constitucionalismo contemporâneo: uma abordagem sob o prisma dos direitos individuais e sociais trabalhistas. **Revista de Direito e Garantias Fundamentais**. v. 21, p.1141, 2019. D Acesso em 13 fev 2023: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1801>.

O Direito do Trabalho que tem o propósito de promover justiça social, nesta quadra histórica passa a ser questionado ainda com mais força. O ramo laboral que pretende estabelecer um justo equilíbrio, se não o desejável e ideal, ao menos o equilíbrio possível na divisão dos frutos do trabalho passa a ser atacado, de forma contundente e contínua. O tempo parece precisar ser acelerado e condições de dignidade, negadas, se necessário, como se verá no tema da ADI 5938 e o que pretendeu a Lei 13.467/17.

A ideia de justiça no mundo contemporâneo deve ser buscada a partir de uma teoria do Estado Democrático de Direito, portanto dos Direitos fundamentais. O justo é aquilo que reflete valores como o da dignidade do ser humano (GODINHO, 2018)

6. NÚCLEO PROTETIVO CONSTITUCIONAL DE DUPLA TITULARIDADE À MULHER GESTANTE E AO NASCITURO: INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.467/17 FACE O ART. 227, CF/88

A ADI 5938, já transitada em julgado, é um exemplo exponencial de acesso à justiça pela via dos direitos, seja pelo exemplo processual e jurisdicional, seja pelo acesso aos direitos sociais constitucionais que a reforma buscava restringir, seja pela prevalência do art. 227, CF/88, seja pela primorosa decisão do plenário do STF.

Trata-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5938 (Número Único: 0069830-37.2018.1.00.0000), com pedido de medida cautelar, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos em face da expressão “quando apresentar atestado de saúde emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento” (grifou-se) do art. 394-A, II e III, da Consolidação das Leis do Trabalho, introduzido pelo art. 1º da Lei 13.467/2017, com o seguinte teor:

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; (Incluído pela Lei no 13.467, de 2017)

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.**

Na sua peça de ingresso, aduziu a autora, a Confederação Nacional dos

Trabalhadores Metalúrgicos, que a norma em questão vulneraria dispositivos constitucionais sobre proteção à maternidade, à gestante, ao nascituro e ao recém-nascido (arts. 6o, 7o, XXXIII, 196, 201, II, e 203, I, todos da Constituição Federal); violaria a dignidade da pessoa e os valores sociais do trabalho (art. 1o, III e IV, da CF) e o objetivo fundamental da República de erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3o, III, da CF); desprestigiaria a valorização do trabalho humano e não asseguraria a existência digna (art. 170 da CF); afrontaria a ordem social brasileira e o primado do trabalho bem-estar e justiça sociais (art. 193 da CF); e vulneraria o direito ao meio ambiente do trabalho equilibrado (art. 225 da CF). Além dos preceitos constitucionais citados, aponta violação do princípio da proibição do retrocesso social.

Desde a decisão da medida cautelar, demonstrou o e. Ministro Relator Alexandre de Moraes, conhecimento profundo dos direitos sociais constitucionais indisponíveis:

“Assiste razão à autora, sendo inconstitucional a norma impugnada, que diminui a tutela de direitos sociais indisponíveis. As normas impugnadas expõem as empregadas gestantes a atividades insalubres de grau médio ou mínimo e as empregadas lactantes a atividades insalubres de qualquer grau. Impõem, ainda, às empregadas o ônus de apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação ou a lactação, como condição para o afastamento. A Constituição Federal proclama importantes direitos em seu artigo 6o, entre eles a proteção à maternidade, que é a *ratio* para inúmeros outros direitos sociais instrumentais, tais como a licença-gestante, o direito à segurança no emprego, que compreende a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa da gestante e, nos incisos XX e XXII do artigo 7o, a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei, e redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. Sob essa ótica, a proteção da mulher grávida ou da lactante em relação ao trabalho insalubre caracteriza-se como importante direito social instrumental protetivo tanto da mulher, quanto da criança, pois a *ratio* das referidas normas não só é salvaguardar direitos sociais da mulher, mas também efetivar a integral proteção ao recém-nascido, possibilitando sua convivência integral com a mãe, nos primeiros meses de vida, de maneira harmônica e segura e sem os perigos de um ambiente insalubre, consagrada, com absoluta prioridade, no artigo 227 do texto constitucional, como dever inclusive da sociedade e do empregador. A imprescindibilidade da máxima eficácia desse direito social, *proteção à maternidade*,

portanto, também decorre da absoluta prioridade que o art. 227 do texto constitucional estabelece de *integral proteção à criança*, inclusive, ao recém-nascido. Na presente hipótese, temos um direito de dupla titularidade. A proteção à maternidade e a integral proteção à criança são direitos irrenunciáveis e não podem ser afastados pelo desconhecimento, impossibilidade ou a própria negligência da gestante ou lactante em juntar um atestado médico, sob pena de prejudicá-la e prejudicar o recém-nascido. Dessa maneira, entendo que as expressões impugnadas não estão em consonância com os dispositivos constitucionais supramencionados, os quais representam não apenas normas de proteção à mulher gestante ou lactante, mas também ao nascituro e recém-nascido lactente. A previsão de determinar o afastamento automático da mulher gestante do ambiente insalubre, enquanto durar a gestação, somente no caso de insalubridade em grau máximo, em princípio, contraria a jurisprudência da CORTE que tutela os direitos da empregada gestante e lactante, do nascituro e do recém-nascido lactente, em quaisquer situações de risco ou gravame à sua saúde e bem-estar.”

Prossegue o Ministro Relator Alexandre de Moraes citando decisão em repercussão geral (RE 629.053) do STF sobre a importância da proteção à maternidade e à saúde “face o conjunto dos Direitos sociais que foi consagrado constitucionalmente como uma das espécies de direitos fundamentais, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1o, IV, da Constituição Federal.”

Demonstrando de forma inequívoca a linha de proteção à maternidade oriunda do STF, consignou que a Corte ao apreciar o tema 973 de repercussão geral (RE 1.058.333, Rel. Min. LUIZ FUX, julgamento em 21/11/2018), fixou ainda a seguinte tese: *É constitucional a remarcação do teste de aptidão física de candidata que esteja grávida à época de sua realização, independentemente da previsão expressa em edital do concurso público.*”

Comuns, infelizmente, argumentos *ad terrorem* em processos judiciais. Todavia, como devem os Tribunais atuar, sua Excelência afastou, magistralmente, aquele que afirmava que declaração de inconstitucionalidade poderia acarretar retração da participação da mulher no mercado de trabalho. Consignou o Ministro Alexandre de Moraes na decisão cautelar

supra referida: “Eventuais discriminações serão punidas nos termos da lei, e o próprio texto constitucional determina, de maneira impositiva, a “proteção ao mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei” (CF, art. 7o, XX).”

A decisão cautelar determinou “o afastamento do ambiente ou atividade insalubre, quando não for possível eliminar a insalubridade, ocorrerá no período de gravidez e nos períodos de lactação no ambiente de trabalho superiores a 6 (seis) meses, uma vez que dois terços do período de amamentação, que é de seis meses, nos termos do artigo 396 da CLT, são praticamente absorvidos pela licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, garantida no art. 7o, VIII, da Constituição. Se a empresa ou entidade pública empregadora aderir ao Programa Empresa Cidadã, criado pela Lei 11.770, de 9 de setembro de 2008, que garante a ampliação da licença para 180 (cento e oitenta) dias, mediante subsídio fiscal, o período legal de amamentação no ambiente de trabalho será integralmente absorvido pela licença-maternidade.” Observe-se, ainda, que não há que se falar em ônus excessivo ao empregador, pois a lei impugnada afastou do empregador o ônus financeiro referente ao adicional de insalubridade da empregada gestante ou lactante afastada de suas atividades ou deslocada para atividade salubre, ao estabelecer, no § 2o do art. 394-A, que cabe à empresa pagar o adicional de insalubridade à gestante ou à lactante, efetivando-se a compensação, observado o disposto no artigo 248 da Constituição Federal, por ocasião do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço”.

Citando doutrina de Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado, o ministro Relator, explicitou: “Diante da impossibilidade de realocação da empregada em local salubre, o § 3o do art. 394-A da lei determina que a hipótese será considerada como gravidez de risco e ensejará a percepção de salário-maternidade, nos termos da Lei 8.213/1991, durante todo o período de afastamento. Como esclarecem MAURÍCIO GODINHO DELGADO e GABRIELA NEVES DELGADO:

“... naturalmente que esse salário-maternidade, mesmo sendo pago à empregada afastada na filia salarial mensal da empresa empregadora, ficará sob ônus efetivo do INSS, mediante a compensação mensal desse custo, pelo empregador, no conjunto dos recolhimentos previdenciários feitos mensalmente pela empresa”. (A Reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017, São Paulo, LTr, 2018, p. 155). “

Em maio de 2019, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), por maioria de votos, julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5938 ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos, para declarar inconstitucionais trechos de dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) inseridos pela Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017) que admitiam a possibilidade de trabalhadoras grávidas e lactantes desempenharem atividades insalubres em algumas hipóteses. Assim, a expressão “quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher”, contida nos incisos II e III do artigo 394-A da CLT, foi declarada como afronta a proteção constitucional à maternidade e à criança.

A norma constante na Lei 13.467/17 admitia que gestantes exercessem atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo e que lactantes desempenhassem atividades insalubres em qualquer grau, exceto quando apresentassem atestado de saúde que recomende o afastamento. Tal previsão legal afrontava a proteção que a Constituição Federal atribui à maternidade, à gestação, à saúde, à mulher, ao nascituro, aos recém-nascidos, ao trabalho e ao meio ambiente de trabalho equilibrado.

O voto do Ministro Alexandre de Moraes faz referência à norma da Lei 13.467/17 (Reforma Trabalhista) que passou a impor às grávidas e às lactantes o ônus de apresentar atestado de saúde como condição para o afastamento, sujeitando a trabalhadora a maior embarço para o exercício de seus direitos, sobretudo para aquelas que não têm acesso à saúde básica para conseguir o atestado.

Na avaliação do ministro-relator, a norma estava em desacordo com diversos direitos consagrados na Constituição Federal e deles derivados, entre eles a proteção à maternidade, o direito à licença-maternidade e a segurança no emprego assegurada à gestante, além de normas de saúde, higiene e segurança.

O voto vencedor avaliou que, sob essa ótica, a proteção da mulher grávida ou da lactante em relação ao trabalho insalubre caracteriza-se como direito social protetivo tanto da mulher quanto da criança:

“A razão das normas não é só salvaguardar direitos sociais da mulher, mas também efetivar a integral proteção ao recém-nascido, possibilitando sua convivência integral com a mãe nos primeiros meses de vida, de maneira harmônica e segura e sem os perigos de um ambiente insalubre, consagrada com absoluta prioridade, no artigo 227 do texto constitucional, como dever também da sociedade e do empregador.”⁵

5 <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5447065> Acesso em 16/08/2023

Segundo a decisão, já transitada em julgado, a alteração deste ponto da CLT feriu direito de **dupla titularidade** – da mãe e da criança. A previsão de afastamento automático da gestante ou da lactante do ambiente insalubre está absolutamente de acordo com o entendimento do Supremo de integral proteção à maternidade e à saúde da criança:

“A proteção à maternidade e a integral proteção à criança são direitos irrenunciáveis e não podem ser afastados pelo desconhecimento, pela impossibilidade ou pela eventual negligência da gestante ou da lactante em juntar um atestado médico, sob pena de prejudicá-la e prejudicar o recém-nascido”.⁶

Para o voto vencedor, não procede o argumento de que a declaração de inconstitucionalidade poderia acarretar retração da participação da mulher no mercado de trabalho. É que, como acima salientado, eventuais discriminações devem ser punidas nos termos da lei, e o próprio texto constitucional determina de maneira impositiva a proteção ao mercado de trabalho da mulher mediante incentivos específicos. Por outro lado, também não procede o argumento do ônus excessivo ao empregador, pois a norma isenta o tomador de serviço do ônus financeiro referente ao adicional de insalubridade da empregada afastada.

A ministra Rosa Weber “apresentou apanhado histórico legislativo dos direitos trabalhistas das mulheres no Brasil e no mundo. Segundo a ministra, contam-se 96 anos desde a primeira norma de proteção ao trabalho da gestante no país. Isso revela, a seu ver, quase um século de ‘afirmação histórica do compromisso da nação com a salvaguarda das futuras gerações’. A Constituição de 1988, por sua vez, priorizou a higidez física e mental do trabalhador ao exigir, no inciso XXII do artigo 7º, a redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança.”⁷

A maternidade representa para a trabalhadora um período de maior vulnerabilidade devido às contingências próprias de conciliação dos projetos de vida pessoal, familiar e laboral. Dessa forma, afirmou a Ministra Rosa Weber, os direitos fundamentais do trabalhador elencados no artigo 7º “impõem limites à liberdade de organização e administração do empregador de forma a concretizar, para a empregada mãe, merecida segurança do exercício do direito ao equilíbrio entre trabalho e família”.⁸ Conclui, afirmando que a alteração promovida pela Reforma Trabalhista implicou “inegável retrocesso social”.

6 <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5447065> Acesso em 16/08/2023

7 <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5447065> Acesso em 16/08/2023.

8 <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5447065> Acesso em 16/08/2023.

Transcreve-se a íntegra da Ementa do julgamento da ADI 5938 em 29/05/2019, considerando tratar-se de magistral aula de Direito Constitucional e de respeito a normatividade protetiva da Cf/88. A saber:

Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES. Julgamento: 29/05/2019 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

DIREITOS SOCIAIS. REFORMA TRABALHISTA. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À MATERNIDADE. PROTEÇÃO DO MERCADO DE TRABALHO DA MULHER. DIREITO À SEGURANÇA NO EMPREGO. DIREITO À VIDA E À SAÚDE DA CRIANÇA. GARANTIA CONTRA A EXPOSIÇÃO DE GESTANTES E LACTANTES A ATIVIDADES INSALUBRES. 1. O conjunto dos Direitos sociais foi consagrado constitucionalmente como uma das espécies de direitos fundamentais, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado Democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal. 2. A Constituição Federal proclama importantes direitos em seu artigo 6º, entre eles a proteção à maternidade, que é a *ratio* para inúmeros outros direitos sociais instrumentais, tais como a licença-gestante e o direito à segurança no emprego, a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei, e redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. 3. A proteção contra a exposição da gestante e lactante a atividades insalubres caracteriza-se como importante direito social instrumental protetivo tanto da mulher quanto da criança, tratando-se de normas de salvaguarda dos direitos sociais da mulher e de efetivação de integral proteção ao recém-nascido, possibilitando seu pleno desenvolvimento, de maneira harmônica, segura e sem riscos decorrentes da exposição a ambiente insalubre (CF, art. 227). 4. A proteção à maternidade e a integral proteção à criança são direitos irrenunciáveis e não podem ser afastados pelo desconhecimento, impossibilidade ou a própria negligência da gestante ou lactante em apresentar um atestado médico, sob pena de prejudicá-la e prejudicar o recém-nascido. 5. Ação Direta julgada procedente.

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

2. A Constituição Federal proclama importantes direitos em seu artigo 6º, entre eles a proteção à maternidade, que é a *ratio* para inúmeros outros direitos sociais instrumentais, tais como a licença-gestante e o direito à segurança no emprego, a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei, e redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

3. A proteção contra a exposição da gestante e lactante a atividades insalubres caracteriza-se como importante direito social instrumental protetivo tanto da mulher quanto da criança, tratando-se de normas de salvaguarda dos direitos sociais da mulher e de efetivação de integral proteção ao recém-nascido, possibilitando seu pleno desenvolvimento, de maneira harmônica, segura e sem riscos decorrentes da exposição a ambiente insalubre (CF, art. 227).

4. A proteção à maternidade e a integral proteção à criança são direitos irrenunciáveis e não podem ser afastados pelo desconhecimento, impossibilidade ou a própria

negligência da gestante ou lactante em apresentar um atestado médico, sob pena de prejudicá-la e prejudicar o recém-nascido.
5. Ação Direta julgada procedente.”⁹

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A identificação da lei ‘3.467/17 como um projeto de desconstrução de direitos sociais, fundado na aceleração do tempo e em urgência construída com base na economia e não no Direito, traz ao intérprete a responsabilidade de uma hermenêutica voltada ao caráter teleológico do direito.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, cujo recorte centra-se em temas relativos ao trabalho da gestante e ao direito de dupla titularidade daí decorrente, demonstram a importância da exegese e da direção teleológica imprimida ao ramo justicialista.

O projeto constituinte e a Carta Magna humanista e cidadã de 1988 expressam a promessa de construção de uma sociedade cujo valor social do trabalho deve, realmente, ser considerado como tal e com toda a proteção jurídica que lhe é outorgada.

A compreensão da dignidade do ser humano para os desafios e interpretações que já se fazem presente é pedra de toque para a construção da hermenêutica que amolda aos direitos humanos.

A decisão oriunda da ADI 5938 ajuizada no STF em face aos trechos constantes nos incisos II e III do art. 543 da CLT, que regula o trabalho de gestantes e lactantes em local insalubre em grau médio ou mínimo. Os fundamentos do voto relator, Ministro Alexandre de Moraes, bem como do voto da Ministra Rosa Weber, são aulas magistrais de Direito Constitucional e de visão do conjunto normativo protetivo do Texto Magno.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ARANTES, PAULO. **O novo tempo do mundo: E outros estudos sobre a era da emergência**. Boitempo: São Paulo, 2014.
2. BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. A constituição dirigente invertida: a blindagem da Constituição Financeira e a agonia da Constituição Econômica. **BOLETIM DE CIÊNCIAS ECONÓMICAS XLIX**, 2006, pp. 57-77.

⁹ <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5447065> Acesso em 16/08/23

3. CAMPOS, André. “Conflitos laborais no Brasil: a Justiça do Trabalho e as alternativas de resolução”. Brasília: IPEA. **Boletim Mercado de Trabalho: Conjuntura e Análise**, n. 63, Outubro de 2017.
4. CAVALCANTI, Thiago Muniz. Conheça os direitos que você vai perder com a Reforma Trabalhista. **Blog do Sakamoto**, São Paulo, 14 abr. 2017. Disponível em:<<https://blogdosakamoto.blogosfera.uol.com.br/2017/04/15/conheca-direitos-que-voce-vai-perder-com-a-reforma-trabalhista.html>>.
5. CHAUI, Marilena de Souza. As manifestações de junho de 2013 na cidade de São Paulo. **Teoria & Debate**, 2013, n. 113.
6. COSTA, Orlando Teixeira da. Os Princípios do Direito do Trabalho e sua Aplicação pelo Juiz. Belém: Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, in: **Revista TRT 8ª Região**, v. 15, n. 28, p. 11-23, jan/jun de 1982.
7. COSTA, Márcia da Silva. O sistema de relações de trabalho no Brasil: alguns traços históricos e sua precarização atual. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 20, n. 59, p. 111-170, out. 2005
8. COSTA JUNIOR, Ernane Salles. **Constitucionalismo do Atraso**. Belo Horizonte, MG: Editora D’Plácido, 2017.
9. COSTA JUNIOR, Ernane Salles da; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Tempo da Constituição e Ponte para o Futuro: uma análise a partir da teoria crítica da aceleração social. **Rev. Direito Práx.**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 197-236, Jan. 2021. Available from <http://old.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662021000100197&lng=en&nrm=iso>. access on 12 Feb. 2023. Epub Mar 03, 2021. <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/45118>.
10. CUEVA, Mário de La. **Derecho Mexicano do Trabajo**. Tomo I. 4. ed. Mexico: Editorial Porrúa S.A., 1954.
11. DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao Trabalho Digno**. São Paulo: LTr, 2006 (2. ed.: 2015).
12. DELGADO, Mauricio Godinho, e DELGADO, Gabriela Neves, **Constituição da República e Direitos Fundamentais — Dignidade da Pessoa Humana**, Justiça Social e Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2012.
13. DELGADO, Maurício Godinho; ZANOTELLI, Rubia; GUIMARÃES, Tânia Mathias. Notas sobre a arquitetura principiológica humanista e social da Constituição da República de 1988 e a concretização dos direitos fundamentais no constitucionalismo contemporâneo: uma abordagem sob o prisma dos direitos individuais e sociais trabalhistas. **Revista de Direito e Garantias Fundamentais**. v. 21, p.11-41, 2019. Disponível: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1801>. Acesso em 13 fev 2023
14. DELGADO, Mauricio Godinho. **Capitalismo, Trabalho e Emprego — Entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015 (1. ed.: 2006).
15. _____. Constituição da República, Estado Democrático de Direito e Direito do Trabalho. In: DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da República e Direitos Fundamentais — Dignidade da Pessoa Humana, Justiça Social e Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015 (1. ed.: 2012).
16. _____. As Funções do Direito do Trabalho no Capitalismo e na Democracia, in DELGADO, Mauricio Godinho e DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da República e**

- Direitos Fundamentais — Dignidade da Pessoa Humana, Justiça Social e Direito do Trabalho.** São Paulo: LTr, 2012.
17. _____. **O Poder Empregatício.** São Paulo: LTr, 1996.
 18. _____. **Constituição da República e Direitos Fundamentais — Dignidade da Pessoa Humana, Justiça Social e Direito do Trabalho.** São Paulo: LTr, 2012 (3. ed.: 2015).
 19. _____. **Curso de direito do trabalho.** 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.
 20. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Contribuições para uma Teoria Crítica da Constituição.** Belo Horizonte: Arraes, 2017.
 21. PAIXÃO, Cristiano. **Modernidade, tempo e direito.** Belo Horizonte: Ed. DEL REY, 2002, v.1. p.319.
 22. _____. A construção do futuro: os 30 anos da Constituição de 1988. **HUMANIDADES (BRASÍLIA)**, v. 62, p. 103-109, 2018.
 23. SENA, Adriana Goulart de; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal (Coord.). **Dignidade Humana e Inclusão Social — caminhos para a efetividade do Direito do Trabalho no Brasil.** São Paulo: LTr, 2010.