

**FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE
SERGIPE**

CURSO DE DIREITO

GÉSSICA DA SILVA OLIVEIRA

**A POSSIBILIDADE DO LABOR DA GESTANTE E
LACTANTE EM AMBIENTE INSALUBRE. UMA VISÃO
CRÍTICA DO ARTIGO 394-A DA CLT**

**ARACAJU-SE
2018**

GÉSSICA DA SILVA OLIVEIRA

**A POSSIBILIDADE DO LABOR DA GESTANTE E
LACTANTE EM AMBIENTE INSALUBRE. UMA VISÃO
CRÍTICA DO ARTIGO 394-A DA CLT**

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe – FANESE, como requisito parcial para a conclusão do curso de Bacharel.

Orientador: Prof.Esp. Olavo Pinto Lima

**ARACAJU-SE
2018**

O48p OLIVEIRA, Géssica da Silva.

A Possibilidade Do Labor Da Gestante E Lactante Em Ambiente Insalubre: uma visão crítica do Artigo 394-A da CLT / Géssica da Silva Oliveira; Aracaju, 2018. 49 f.

Monografia (Graduação) – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito.

Orientador: Prof. Esp. Olavo Pinto Lima

1. Trabalho da Mulher 2. Proteção a Maternidade 3. Labor em Condições Insalubres 4. Aplicabilidade do artigo 394-A da CLT I. Título. CDU 349.2(813.7)

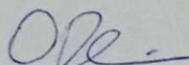
GÉSSICA DA SILVA OLIVEIRA

**A POSSIBILIDADE DO LABOR DA GESTANTE E LACTANTE EM AMBIENTE
INSALUBRE. UMA VISÃO CRÍTICA DO ARTIGO 394-A DA CLT**

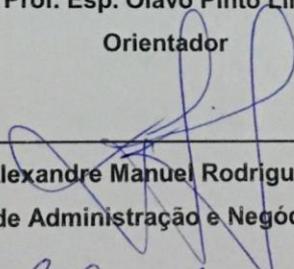
Monografia apresentada à banca examinadora
da Faculdade de Administração e Negócios de
Sergipe – FANESE, como requisito parcial para
a conclusão do curso de Bacharel.

Aprovada em 02/12/2018

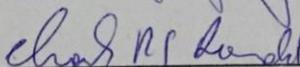
BANCA EXAMINADORA



Prof. Esp. Olavo Pinto Lima
Orientador



Prof. Alexandre Manuel Rodrigues Pereira
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe



Prof. Charles Robert Sobral Donald
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Dedico este trabalho a minha família, que esteve presente em todos os momentos contribuindo com amor, compreensão e incentivo para o alcance dessa vitória.

AGRADECIMENTOS

São tantos agradecimentos a fazer, pois foram diversos anjos que me ajudaram chegar até aqui. Uns vieram e já levantaram voo. Outros, mesmo distante, permanecem em meu auxílio. Por fim, tenho aqueles que compartilharam esta caminhada comigo, dia após dia.

Primeiramente, devo graças a Deus que me fortaleceu e me ajudou a superar minhas dificuldades e limitações.

Com todo amor agradeço a minha mãe que sempre fez tudo que estava dentro das suas possibilidades para que eu pudesse realizar meus sonhos.

Ao meu pai (in memoriam), que mesmo não estando mais presente, fisicamente, tenho certeza que cuida de mim.

Aos meus irmãos, Alex Junior, Luandesson, vitória e Maria Eduarda que sempre me protegeram. Amo vocês!

As minhas tias, Maria e Soledade (in memoriam) e minha prima (irmã) Jucinara, que sempre acreditaram na minha capacidade e me encorajam a prosseguir.

Aos meus queridos amigos, que diariamente compartilhávamos alegrias e aflições, todos vocês são muito especiais, cada um do seu jeito.

Gostaria de agradecer a família “Boa de Hoje” pelo acolhimento e carinho, vocês são especiais.

Encerrando agradeço ao meu professor e orientador Olavo Pinto Lima, que com paciência e compromisso me conduziu na execução do presente trabalho, meu muito obrigado.

"O sonho é que leva a gente para frente. Se a gente for seguir a razão, fica aquietado, acomodado." (Ariano Suassuna)

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo à abordagem referente à gestante no ambiente de trabalho insalubre e a aplicabilidade do artigo 394-A da Consolidação das Leis do Trabalho após a entrada em vigor da Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. O estudo, inicialmente, faz um apanhado sobre a evolução histórica do trabalho da mulher no Brasil, passando pelas primeiras normas de proteção ao trabalho da mulher e à maternidade, chegando às atuais normas protetivas constitucionais e infraconstitucionais, bem como uma breve análise dos direitos adquiridos durante todo este percurso histórico. Em seguida, a pesquisa apresenta conceitos e explanações sobre o adicional de insalubridade, bem como analisa se o trabalho da mulher grávida ou lactante em ambientes insalubres podem causar danos irreparáveis à vida e à saúde da mulher, do feto ou do recém-nascido.

Palavras-Chave: Trabalho da Mulher. Proteção a Maternidade. Labor em condições insalubres. Aplicabilidade do artigo 394-A da CLT.

ABSTRACT

The present study aims to approach the pregnant woman in the unhealthy working environment and the applicability of article 394-A of the Consolidation of Labor Laws after the entry into force of Law 13467 of July 13, 2017. The study, initially, looks at the historical evolution of women's work in Brazil, passing through the first standards of protection of women's work and maternity, reaching the current constitutional and infra-constitutional protective standards, as well as a brief analysis of rights acquired throughout this historical route. The research then presents concepts and explanations about the unhealthy addition, as well as examines whether the work of pregnant or nursing women in unhealthy environments can cause irreparable damage to the life and health of the woman, the fetus or the newborn.

Keywords: Women's Work. Maternity Protection. Labor in unhealthy conditions. Applicability of Article 394-A of the CLT.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT	Ato das Disposições Transitórias
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ARO	Agente de Risco Ocupacional
CF	Constituição Federal
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CNTN	Confederação Nacional de Trabalhadores Metalúrgicos
EPI	Equipamento de Proteção Individual
MTE	Ministério do Trabalho e Emprego
NR	Norma Regulamentadora
OIT	Organização Internacional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 – INTRODUÇÃO	9
2- EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS E TRABALHO DA MULHER.....	11
3- PROTEÇÕES ESPECÍFICAS AO TRABALHO DA MULHER	18
3.1. Trabalho Noturno	18
3.2. Trabalho em Condições Insalubre, Perigosas e Penosas	19
3.3. Proteção à Gravidez e à Maternidade	20
3.4. Estabilidade e Garantia de Emprego à Gestante	22
4- CARACTERIZAÇÃO DA INSALUBRIDADE.....	24
5- O NOVO ART. 394-A DA CLT E A POSSIBILIDADE DE PREJUÍZO A GESTANTE.....	31
6- CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	42
REFERÊNCIAS.....	44

1 – INTRODUÇÃO

Durante anos a mulher vem marcando a sociedade com sua perseverança a fim de conquistar seu lugar no mercado de trabalho. Passou por grandes obstáculos, entretanto, o esforço de décadas vem sendo recompensado, em especial à medida que vai sendo reinventado seu modo de ser no mundo do trabalho e na esfera da família.

No Brasil, as primeiras leis de proteção específica à mulher surgiram em 1932, por meio do Decreto nº 21.417-A, o qual regulamentava o trabalho da empregada nos estabelecimentos industriais e comerciais, de lá para cá muita coisa mudou e cada vez mais as mulheres foram conquistando direitos e proteções.

Não obstante estes avanços, a mulher ainda sofre algumas resistências por ser a reprodutora, aquela que se afastará das atividades para gozar de licença-maternidade.

Todavia, como cumpridora de uma função social primordial, a reprodução deveria estar totalmente integrada à vida pública e laboral e não ser vista como uma parte particular do mundo feminino.

Diante disso, este estudo pretende realizar uma reflexão sobre a proteção ao trabalho da mulher, apresentando a evolução histórica do seu trabalho no Brasil até se chegar aos dias atuais, mas tendo como principal propósito a análise do artigo 394-A, da Consolidação das Leis do Trabalho, o qual foi substancialmente modificado após a edição da Lei nº 13.467/2017, que permitiu a permanência da empregada gestante em local insalubre de grau baixo e médio, e a empregada lactante em qualquer grau, transferindo para o médico da confiança da empregada a responsabilidade de decidir se a mulher deverá ou não permanecer trabalhando em contato com agentes insalubres, assim, interferindo diretamente na proteção jurídica já alcançada.

Interessante ressaltar que o referido artigo 394-A tinha sido recentemente inserido pela Lei nº 13.287 de 2016, vindo a ser novamente modificado em cerca de um ano depois, o que demonstra a atualidade e importância do tema.

Ao analisar a proteção à mulher e a maternidade é imprescindível à realização de um breve levantamento histórico de fatos e normas mais importantes

acerca deste instituto, com a finalidade de resgatar informações relevantes, demonstrando que houve muitos avanços, mas que ainda há a necessidade de ampliação dessas garantias.

Tendo como pressuposto ser a ciência jurídica um conjunto de normas harmônicas, faz-se imperiosa a análise jurídica da insalubridade, bem como os possíveis efeitos que o trabalho em ambiente insalubre pode causar à trabalhadora gestante, à lactante, ao feto e ao nascituro.

Assim, torna-se de extremo valor o estudo sobre a proteção da mulher no mercado de trabalho, com o intuito de averiguar seus fundamentos, seus objetivos e seus efeitos práticos. A mulher sempre teve um papel fundamental na sociedade, qual seja, a garantia de manutenção da espécie, de sorte que demanda por uma proteção jurídica específica neste campo.

No desenvolvimento do trabalho foi utilizado o método histórico, apontando a origem histórica do trabalho da mulher; o método dedutivo, com pesquisa bibliográfica em livros, revistas, artigos, legislações pertinentes ao tema; e o método comparativo, o qual analisará as divergências e convergências entre o que ocorria no passado e o que ocorre na atualidade.

Dessa forma, pretende-se contribuir para os debates recentes a respeito da aplicação do artigo 394-A da CLT, o qual passou a permitir o trabalho da mulher gestante e lactante em ambiente de trabalho insalubre.

2- EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS E TRABALHO DA MULHER

A trajetória da mulher no mercado de trabalho decorre de um conjunto de transformações ideológicas, culturais e históricas.

Desde que o homem começou a trabalhar, contou com a ajuda da mulher nas sociedades primitivas. Aos homens cabiam as atividades relacionadas à caça e à pesca, enquanto as mulheres cuidavam da colheita dos frutos e cultura da terra, bem como do cuidado com os filhos.

Na Idade Média, período marcado pela transição dos serviços escravos para o feudalismo, a sociedade passou por inúmeras mudanças, no entanto, a posição da mulher permaneceu intacta. Não lhe era permitido atingir uma posição de destaque quando admitida para trabalhar, pois era considerada eternamente aprendiz dos ofícios dos homens, em quaisquer âmbitos que atuasse.

Com a independência do Brasil, em 1822, o Brasil se torna um país livre e autodenomina-se Império. Apesar desta mudança política, este momento não apresentou alterações em relação ao trabalho das mulheres, a quem era negado o direito ao voto e em geral eram analfabetas.

Segundo Call (2007) naquele período era possível identificar dois tipos de mulheres: a mulher guardiã do lar, boa esposa e dedicada ao cuidado e educação dos filhos, cujo trabalho se resumia as chamadas 'prendas domésticas'; e a mulher pobre ou viúva, que trabalhava para ajudar no sustento da numerosa prole, no entanto enfrentava preconceito que tal gesto causava em uma sociedade que via o espaço público como domínio privativo dos homens.

Percebe-se que a mulher era dependente do marido e a ele subjugada, não lhe sendo facultada a ascensão social ou o exercício de função diversa. Para todos os fins, era reclusa a uma vida doméstica, e tinha como finalidade primordial a procriação e o cuidado para com os filhos e o marido. Surge desde então a noção de que à mulher cabem os afazeres domésticos.

Somente na Idade Moderna, com a evolução do sistema capitalista, a mulher começou a receber algumas oportunidades de trabalho, passando a interagir nas grandes fábricas de tecidos e objetos. Ocorreu, nesta época, um forte desenvolvimento industrial que proporcionou a introdução da massa feminina nas escalas de trabalho.

A inserção da figura feminina no mercado de trabalho tem como destaque a época em que as indústrias se fortaleciam cada vez mais, como bem explica Martins (2007), os efeitos do capitalismo e das condições da infraestrutura social foram sentidos com intensidade através da Revolução Industrial trazendo consigo o empobrecimento dos trabalhadores, com famílias que viram-se atingidas pela mobilização da mão de obra da mulher e dos menores nas fábricas. Com isso, os desníveis entre as classes sociais foram observados de tal modo que o pensamento humano não relutou em afirmar a existência de uma séria perturbação ou problema social.

No decorrer da Revolução industrial (século XIX), o trabalho da mulher foi muito utilizado, principalmente para a operação de máquinas. Os empresários preferiam o trabalho da mulher nas indústrias porque elas aceitavam salários inferiores aos dos homens, mesmo fazendo o mesmo trabalho. Em razão disso, as mulheres sujeitavam-se a jornadas de 14 a 16 horas, salários baixos, trabalhando em condições prejudiciais à saúde e cumprindo obrigações além das que lhes eram possíveis, só para não perder o emprego. Além de tudo, a mulher deveria, ainda, cuidar dos afazeres domésticos e dos filhos.

Seguindo o mesmo entendimento, destaca Alice Monteiro de Barros (2010), que o emprego generalizado de mulheres e menores suplantou o trabalho dos homens, pois a máquina reduziu o esforço físico e tornou possível a utilização das 'meias forças', não preparadas para reivindicar.

É importante destacar que a indignidade das condições de trabalho vividas principalmente pelas empregadas e pelos menores era de ampla proporção, o que resultou no início do surgimento das legislações protecionistas destas classes.

Durante a Segunda Guerra Mundial, que ocorreu na primeira metade do século XX, o trabalho da mulher foi bastante utilizado, inclusive nas fábricas de armamentos, devido à indisponibilidade da mão de obra masculina que foi destinada ao combate. Contudo, no pós-guerra, o trabalho feminino passou a ser uma concorrência indesejada, mas que se manteve por apresentar vantagens em relação ao trabalho masculino, tais como mão-de-obra com custo, em média 30% menor.

[...]Não devemos nutrir ilusões quanto à situação da mulher trabalhadora. Em geral, mal ganhava o mínimo necessário para o seu próprio sustento, muito menos para manter seus filhos. Os

empregadores preferiam mulheres e crianças justamente porque essa mão-de-obra custava em média 30% menos. (DEL PRIORE, 1997, p. 518)

As formas de exploração dos trabalhadores de um modo geral eram diversas devido a grande demanda da mão de obra, porém, ganhavam destaque os abusos pelos quais eram submetidas às mulheres.

Nessa época, as mulheres, gestantes ou não, trabalhavam por jornadas exaustivas de 14 a 16 horas, sob condições prejudiciais à saúde e estavam sujeitas aos mais diversos tipos de abusos em troca de seu emprego.

Diante das situações desumanas vividas pelas mulheres, começou-se a criar normas de proteção ao trabalho feminino, principalmente no que diz respeito à maternidade.

Nesse sentido afirma Thiago Moura da Silva que:

[...] a exploração do suor feminino, ocorrido durante a Revolução Industrial foi imensamente combatida pelo Estado, pois tal abuso era prejudicial à mulher, principalmente durante a fase puerperal, e aos filhos, os quais não recebiam a atenção nem os cuidados necessários para crescerem de maneira saudável durante a gravidez e no decorrer do período de lactação. (SILVA, 2013, p. 157)

O papel da mulher no surgimento das leis relativas ao trabalho é de extrema importância, tendo em vista que foi diante da exploração das mesmas que o Estado sensibilizou-se e viu a necessidade de intervir. Tanto é que as primeiras leis trabalhistas que surgiram referem-se a alguns direitos do trabalho das mulheres e dos menores.

Segundo Martins (2007), diante da necessidade de uma política protecionista em relação à mulher, surge em 1932, o primeiro diploma legal a tratar unicamente da tutela do labor feminino, o Decreto nº 21.417-A, de 17-5-1932, que regulamentou as condições de trabalho das mulheres nos estabelecimentos industriais e comerciais, estabeleceu, em seu artigo 1º, que a todo trabalho de igual valor corresponderia salário igual, sem distinção de sexo.

Tal mandamento legal proibia o trabalho das mulheres nos estabelecimentos industriais e comerciais, no período noturno, das 22 horas de um dia até às 5 horas do dia seguinte.

Proibia também o trabalho feminino nos subterrâneos, nas minerações, em subsolo, nas pedreiras e obras de construção pública ou particular, bem como nos serviços perigosos e insalubres (art. 5º, alínea b), constantes do anexo a seguir reproduzido:

QUADRO A QUE SE REFERE O ART. 5º, ALÍNEA "B", DO DECRETO Nº 21.417, DE 17 DE MARÇO DE 1932

I – Emanações nocivas: fabricação e manipulação com ácidos fosfórico, acético, azótico, pícrico, salicílico e sulfuroso; fabricação e depósito de adubos químicos, de composição mineral ou orgânica; fabricação de anilinas e produtos derivados; tratamento da borracha com enxofre, clorureto de enxofre, éter, sulfureto de carbono, benzina, nafta; câmaras frias em que haja vapores ácidos ou de amoníaco; fabricação de carvão animal; fabricação de cloro, de hipoclorureto de ácido e de compostos ou preparados contendo cloro ativo, sulfato de cobre e outros compostos tóxicos de cobre; cortimento e preparação de couros por processos químicos; quaisquer trabalhos com chumbo, dissolventes químicos voláteis e inflamáveis; destilação de carvão de pedra, de madeira, xistos betuminosos, querosene, óleos minerais, resinas, alcatrão de origem vegetal ou animal; destilação de líquidos alcoólicos; douradura, trabalhos com esmalte, estanhagem de vidros e espelhos, fabricação dos éteres sulfúrico e acético, galvanoplastia, fabricação de gelatina; impermeabilização de tecidos com produtos voláteis e inflamáveis, benzina, nafta, etc.; limpeza e trabalho nos matadouros, trabalhos com mercúrio, extração de óleos por meio de dissolventes químicos voláteis, refinação de ouro por meio de ácidos, fabricação de sais de prata, trabalho com ácidos e produtos nocivos nas tinturarias. II – Perigo de acidentes: fabricação e manipulação dos ácidos sulfúrico e clorídrico, afiação de instrumentos e peças metálicas em rebolo ou a esmeril, fabricação e transporte de explosivos; depósito, manipulação e transporte de inflamáveis; fabricação de potassa, fabricação da soda, fabricação e aplicação do sulfureto de carbono; fabricação e aplicação, a quente, de vernizes fabricação de álcool, fabricação de óleos; III – Perigo de envenenamento: ácido oxálico, arsênico e seus compostos e preparados; fabricação do fósforo, excluindo-se, o empacotamento, manipulação com resíduos animais, dessecação, depósito e preparados de sangue, preparação ou aplicação de tintas que contenham produtos tóxicos. IV – Necessidade de trabalho atento e prudente: fabricação de colódio, celuloide e produtos nitrados análogos. V – Poeira e vapores nocivos: calcinação de minérios, pedra de cal, madeira, osso; trabalhos com peles. (BRASIL, 1932)

A autora Léa Elisa Silingowschi Calil (2007) diz que este mesmo Decreto assegurava à mulher, entre outras coisas: 1 - proteção à maternidade através de descanso obrigatório de quatro semanas antes e após o parto, podendo cada período ser aumentado em duas semanas em casos excepcionais atestados por

médico; 2 - durante o afastamento, auxílio correspondente à metade da média auferida em seus últimos 6 vencimentos pagos pelas caixas criadas pelo Instituto de Seguridade Social e, na falta destas, pelo empregador; 3 - assegurado o retorno às funções que executava antes da licença; 4 - garantido a trabalhadora grávida o direito de romper o contrato de trabalho se ficasse comprovado que a sua função era prejudicial a seu estado gravídico; 5 - dois intervalos diários de meia hora cada para amamentação dos filhos, durante os primeiros seis meses de vida; 6 - era proibido ao empregador demitir mulher grávida simplesmente por esse motivo; e 7 - proibição do uso do trabalho feminino em serviços perigosos ou insalubres.

No entanto a mesma autora expõe que as primeiras leis de proteção à mulher operária surgiram na esfera estadual em São Paulo, através da Lei n. 1.596, de 29 de dezembro de 1917, e no âmbito federal pelo decreto n. 16.300, de 21 de dezembro de 1923, os quais dispunham sobre proteção da mulher durante o período gestacional e puerpério. Entretanto, não há dados concretos sobre a eficácia e a aplicação das leis citadas, mas, conhecendo-se a situação das operárias hodiernamente, supõe-se que elas foram ignoradas pela grande maioria das indústrias.

A primeira constituição brasileira que versou sobre o tema foi a Constituição Federal de 1934, quando a legislação protecionista em face da mulher começou a amadurecer. Seu texto continha muitos direitos protetivos do trabalhador, dentre eles, a jornada diária de 8 horas, o descanso semanal, as férias anuais remuneradas, a igualdade de salário entre homens e mulheres, a proibição do trabalho feminino em ambientes insalubres, a assistência médica e sanitária à gestante, o salário maternidade e a licença maternidade (BRASIL, 1934).

O artigo 141 da Constituição de 1934 ainda tornou obrigatório, em todo o território nacional, o amparo à maternidade e à infância, motivo pelo qual a União, os Estados e os Municípios deveriam destinar 1% das respectivas rendas tributárias para garantir a efetividade de tais proteções (BRASIL, 1934).

Em seguida, a Constituição de 1937 trouxe o princípio da igualdade de todos perante a lei. Entretanto, omitiu de seu texto questões relativas à garantia de emprego à gestante e à isonomia salarial entre homens e mulheres. Em decorrência

disso, o Decreto-lei n. 2.548 abriu a possibilidade de as mulheres perceberem salários até dez por cento menores do que os pagos aos homens (BRASIL 1937).

Em 1943, ainda sob a égide da constituição de 1937, foi editada a CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), que compilou todos os textos legais existentes sobre direito individual do trabalho, direito coletivo do trabalho e direito do processo do trabalho, além de novas normas que deram origem ao Decreto-lei n. 5.452, promulgado em 1º de maio de 1943. A primeira alteração foi em 1944, quando se admitiu o trabalho noturno da mulher se esta fosse maior de 18 anos, e, somente em algumas atividades.

Na CLT, as regras de proteção do trabalho da mulher encontram-se previstas no Capítulo III do Título III, que trata das normas especiais de tutela do trabalho feminino, sendo que as medidas de amparo à maternidade das empregadas figuram na Seção V, que abrange os artigos 391 e 400.

A Constituição de 1946 trouxe de novidades, além dos direitos já existentes dos trabalhadores do Brasil, a assistência aos desempregados, garantia do direito de greve e participação obrigatória e direta no lucro das empresas. Porém, não trouxe nenhuma inovação no tocante ao direito das mulheres.

A Constituição de 1967 inovou no sentido de prever a aposentadoria da mulher aos trinta anos de trabalho, com salário integral.

O Decreto 229 fez várias alterações na CLT em 1967. Dentre elas, permitiu o regime de compensação apenas por acordo coletivo, alterando o art. 374, e proporcionando a guarda de filhos das mulheres na empresa; descanso no período de quatro semanas antes e oito semanas depois do parto; etc. A Lei 6.136 de 1974 transferiu da empresa para a Previdência Social o ônus em relação à licença maternidade.

A Carta de 1988 foi a mais específica e garantista, não apenas quanto ao direito à saúde, mas também com relação a outros direitos fundamentais, tendo como princípio o capítulo dos direitos sociais e consagrou, no artigo 5º, os direitos do cidadão, sendo chamada de Constituição cidadã. Dentre tantas conquistas destaca-se o direito à licença gestante de 120 dias, sem prejuízo do emprego ou salário, e a estabilidade provisória à mulher grávida desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Por seu turno, a alínea “b” do inciso II do artigo 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto (BRASIL, 1988).

A partir dos novos direitos e garantias oriundas da então nova Constituição foi necessário que a legislação infraconstitucional se adequasse a norma suprema. Com esse intuito, a Lei nº 7.855 de 1989 revogou alguns artigos da CLT: (a) o art. 379 que proibia o trabalho noturno; (b) o art. 380 que especificava o trabalho em algumas situações; (c) os Arts. 374 e 375 que tratavam da prorrogação e compensação; (d) o art. 387 sobre o trabalho nos subterrâneos, nas minerações em subsolo, nas pedreiras e obras de construção civil, pública ou particular, e nas atividades insalubres e perigosas. (JORGE NETO e CAVALCANTE, 2013)

Compreende-se que a história da mulher no mercado de trabalho foi escrita ao longo dos séculos, cotidianamente, e com isso tem raízes profundas no passado.

Após todas as considerações, faz-se de extrema importância ressaltar que em 1979 a Organização das Nações Unidas aprovou a convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher. O texto entrou em vigor no plano internacional, após a sua vigésima ratificação que se deu em 3 de setembro de 1981. No Brasil, foi promulgada a convenção inicialmente pelo Decreto Legislativo nº 93, de 1983, e, posteriormente, pelo Decreto n. 4.377, de 2002.

O que demonstra de maneira ainda mais evidente, a proteção que a mulher recebe através da Constituição Federal de 1988, da Consolidação das Leis Trabalhistas e por normas de âmbito internacional.

3- PROTEÇÕES ESPECÍFICAS AO TRABALHO DA MULHER

3.1. Trabalho Noturno

Considera-se noturno, nas atividades urbanas, o trabalho desenvolvido entre as 22h de um dia às 5h do dia seguinte. Já nas atividades rurais, é considerado noturno o trabalho executado na lavoura entre 21h de um dia às 5h do dia seguinte, e na pecuária, entre 20h às 4h do dia seguinte.

A hora noturna é paga com adicional de 20% sobre a remuneração, bem como é reduzida para 52 minutos e 30 segundos, tratando-se de labor urbano.

Ademais, o que justifica o pagamento de adicionais é a prestação do trabalho em condições adversas. O adicional noturno é um acréscimo à remuneração de quem realiza o trabalho noturno, para que o desgaste devido à troca de horários seja recompensado de alguma forma.

O Decreto nº 21.417-A, de 1932, foi a primeira norma a tutelar os direitos das mulheres em matérias trabalhistas na legislação brasileira. Tal decreto proibiu, para as mulheres, o trabalho noturno nos estabelecimentos industriais, comerciais, públicos ou particulares, das 22 horas às 5 horas do dia seguinte.

A vedação ao trabalho noturno da mulher apoiava-se em dois pilares: na tese de proteção a saúde e na de proteção da moral da empregada. Tanto que o dispositivo que excepcionava a regra geral e permitia o trabalho noturno da mulher em casas de diversões, hotéis, restaurantes, bares e estabelecimentos congêneres exigia, além de atestado médico, atestado de bons antecedentes da trabalhadora. (CALIL, 2007, p. 37)

Essa vedação continha algumas exceções nos casos de estabelecimentos onde só trabalhasse pessoas da mesma família, em locais onde não poderia haver a interrupção do funcionamento normal e para evitar perda de matéria prima, aplicável somente no período de safra e quando houvesse necessidade imperiosa do serviço.

No entanto, veio a Lei nº 7.189, de 4 de junho de 1984, e transformou o comando proibitivo em permissivo, admitindo o trabalho noturno para mulheres maiores de 18 anos de idade, exceto nos casos de mulheres que trabalhassem em empresas ou atividades industriais.

Após a revogação dos dispositivos mencionados, o artigo 381 da CLT manteve previsão de trabalho noturno para a mulher, passando a ter a seguinte redação:

Art. 381. O trabalho noturno das mulheres terá salário superior ao diurno.

§ 1º Para os fins deste artigo, os salários serão acrescidos de uma percentagem adicional de 20% (vinte por cento).

§ 2º Cada hora do período noturno de trabalho das mulheres terá cinquenta e dois minutos e trinta segundos. (BRASIL, 1943)

Ressalte-se, ainda sobre o tema da proibição de trabalho noturno, que persiste a proibição para as empregadas que se encontram no ciclo gravídico-puerperal, durante 16 semanas, sendo oito semanas anteriores ao parto, tendo em vista a ratificação pelo Brasil da Convenção n. 171 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que assim dispõe em seu art. 7º:

Artigo 7

1. Deverão ser adotadas medidas para assegurar que existe uma alternativa do trabalho noturno para as trabalhadoras que, a falta dessa alternativa, teriam que realizar esse trabalho:

a) antes e depois do parto, durante o período de, pelo menos, dezesseis semanas, das quais oito, pelo menos, deverão ser tomadas antes da data estimada para o parto;

b) com prévia apresentação de certificado médico indicando que isso é necessário para a saúde da mãe ou do filho, por outros períodos compreendidos; (BRASIL, 2004, p. 3)

Nota-se que, além da regulamentação protetiva do trabalho noturno da mulher, nas normas jurídicas brasileiras, também há proteção na Organização Internacional do Trabalho.

3.2. Trabalho em Condições Insalubres, Perigosas e Penosas

Locais insalubres são aqueles em que a condição ou os métodos de trabalho podem causar algum tipo de doença, ou expor o trabalhador a agentes nocivos acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho.

Na lição de Raimundo Simões de Melo:

Atividades insalubres são aquelas que expõe os trabalhadores a agentes nocivos à saúde acima dos limites legais permitidos e que

afetam e causam danos à sua saúde, provocando, com o passar do tempo, doenças e outros males, quase sempre irreversíveis. (MELO, 2013, p. 207)

Por sua vez, o adicional de periculosidade é pago ao empregado que trabalha em local que represente risco para a sua vida. Já o adicional de penosidade, é aquele devido ao trabalhador que sofre desconforto físico ou psicológico, superior ao decorrente do trabalho normal.

A Constituição de 1934 vedava o trabalho da mulher, de qualquer idade, nos serviços subterrâneos, em minas, pedreiras e obras de construção, além de atividades perigosas ou insalubres (BRASIL, 1934).

Em seguida, o artigo 7º, XIII da Constituição Federal Brasileira de 1988, suprimiu a proibição do trabalho da mulher em ambientes penosos, insalubres e perigosos na forma da lei.

No entanto, em 1992, o Brasil, através do Decreto 76, ratificou a Convenção 136 da Organização Internacional do Trabalho, que trata da proteção contra os riscos da intoxicação causada por benzeno, que proibiu que gestantes ou mulheres em período de amamentação trabalhassem em locais em que estejam expostas a este produto.

Acerca do tema, observa-se que a necessidade de proteção do ambiente de trabalho e das condições em que a atividade é exercida leva o legislador a fixar normas mínimas de higienização dos métodos e locais de prestação de serviços da mulher, assim como preceitua o art. 389 da CLT. (DELGADO, 2010)

3.3. Proteção à Gravidez e à Maternidade

A proteção à maternidade é um dos direitos mais importantes para as trabalhadoras, pois a tutela à gravidez e à maternidade é a garantia de ampla proteção à mãe e ao recém-nascido.

Inicialmente, destaca-se que historicamente, houve períodos em que a trabalhadora gestante não possuía direitos, podendo inclusive ser demitida tão somente em razão da gravidez. (SANT'ANA, 2016)

Com o passar do tempo, a mulher adquiriu algumas normas protetivas que modificaram tal situação. A primeira lei que dispôs sobre a gravidez e a maternidade

surgiu em 1932, por meio do Decreto n. 21.417–A, que previu, em seu artigo 7º, a proibição do trabalho da mulher no período de quatro semanas antes e quatro semanas após o parto. Esses períodos poderiam sofrer um acréscimo de até duas semanas, respectivamente, em casos excepcionais mediante comprovação por atestados médicos. (BARROS, 2010)

Esse mesmo Decreto concedia à mulher dois descansos de trinta minutos para amamentação da criança, durante o período de seis meses.

Alice Monteiro de Barros (2010) afirma que se fosse confirmado por atestado médico que o trabalho a ser executado pela obreira lhe era prejudicial a saúde, era facultado a mesma romper o contrato de trabalho, sendo necessário apenas a notificação ao empregador da data do início do afastamento, sob pena de perda do auxílio mencionado e, caso o empregador impugnasse a notificação, deveria a empregada apresentar atestado médico, nos termos do que dispõe o art.8º do Decreto n. 21.417–A de 1932.

Quanto ao salário maternidade, restava assegurado um auxílio equivalente à metade dos seus salários de acordo com a média do último semestre trabalhado. Muitas garantias criadas em 1932 pelo referido Decreto foram incorporadas na Consolidação das Leis do Trabalho de 1943, e estão em vigor no ordenamento jurídico até a presente data.

Como medida para promover a inserção da mulher no mercado de trabalho, em 1974, fora editada a Lei n.º 6.136, que deu natureza salarial à proteção à maternidade e transferiu da empresa para a Previdência Social o ônus de arcar com os salários da gestante no período em que esta não poderia trabalhar. Desde então, com a Lei 8.213/91, o salário maternidade dá o direito a mulher que acabou de ter o seu bebê, a receber um auxílio financeiro por 120 dias. (LIMA, 2015)

Com o advento da constituição de 1988, foi assegurada à empregada gestante direito a licença à maternidade de 120 dias, sem prejuízo de seu emprego e de seu salário: direito a estabilidade provisória de 5 (cinco) meses após o parto, dentre outros direitos.

O autor Lucas Barbalho Lima, acrescenta que:

A Constituição da República, em seu artigo 6º, instituiu a Proteção à Maternidade como sendo uma Cláusula Pétrea e delegou ao Estado o dever de realizar medidas de proteção não apenas endereçadas à

gestante, mas, também ao nascituro que necessita muito mais da proteção do que a própria gestante. (LIMA, 2015, p. 9)

Verifica-se que com a Constituição de 1988, houve uma evolução significativa da proteção a maternidade com paralisações forçadas, descansos obrigatórios maiores e imposição de condições destinadas a atender a sua situação de mãe, objetivando sempre o bem-estar desta e do recém-nascido.

3.4. Estabilidade e Garantia de Emprego à Gestante

Numa breve análise verifica-se que diversas empresas preferem contratar homens ao invés de mulheres, pelo simples fato de que mulheres podem engravidar. Com essa prática os empregadores tentam evitar uma possível gravidez durante o contrato de trabalho, com a conseqüente necessidade de afastamento e estabilidade provisória, benefícios garantidos por lei à trabalhadora.

A estabilidade provisória da gestante consiste na proibição de sua dispensa sem justa causa, desde a confirmação do estado gravídico até cinco meses após o parto. Conforme dispõe a Constituição Federal, em seu art. 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Ainda sobre o assunto, relata Sergio Pinto Martins que:

Não havia previsão neste sentido em normas constitucionais ou legais anteriores, porém já era encontrado algo semelhante em normas coletivas. O certo é que, a partir de 5-10-1988, a gestante tem garantido o seu emprego até 150 dias depois do parto. (MARTINS, 2013, p.466)

É importante frisar que a legislação não pretendia proteger somente os direitos da gestante, mas também a vida do nascituro.

Ademais, o referido prazo não tem seu início com a comunicação ao empregador, mas sim do momento de confirmação da gravidez, essa confirmação pode se dar durante o aviso prévio trabalhado ou indenizado, ensejando a garantia à empregada a estabilidade provisória acima referida.

De acordo com a Súmula 244 do TST, ainda que o empregador desconheça a gravidez da empregada, será devida a indenização decorrente da estabilidade e, em havendo dispensa arbitrária ou sem justa causa, é cabível a reintegração da

gestante, existindo o direito à estabilidade da empregada também nos contratos por prazo determinado.

Quanto ao natimorto, que ocorre com o parto de criança morta, há garantia de emprego porque houve gestação e parto. Tem-se então que o fato de a criança não ter nascido com vida não obsta o direito da mãe fazer jus à estabilidade bem como à licença-maternidade, pois o art. 392 da CLT não faz a exigência de nascimento com vida. (BARROS, 2010)

O aborto não criminoso se diferencia do natimorto, pois o aborto não criminoso é quando o feto é expelido do corpo da mãe sem tempo necessário de gestação para sobrevivência, neste caso, a mulher tem direito à licença de duas semanas, não havendo o que se falar em estabilidade provisória. (LEITAO e GRIECO, 2016)

Em relação à empregada adotante, a legislação não previa a possibilidade de concessão da licença-maternidade àquela que adotasse. No entanto, com a inclusão do art. 392-A pela Lei 10.421/2002, o legislador estendeu o benefício da licença-gestante e estabilidade de 150 dias após a adoção à empregada que adotar ou obtiver guarda judicial, tendo por fundamento o princípio da igualdade (art. 5º, caput e inciso I, da Constituição da República).

Segundo Amauri Mascaro Nascimento:

A licença tem dois objetivos: possibilitar à mulher a recuperação física do parto e a possibilidade da presença da mãe com a criança em tão importante período. Este segundo motivo levou o legislador, em 2002, a conferir, à empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança, o direito à licença (CLT, art. 392-A). Portanto, não só a mãe biológica, mas, também, a adotiva tem direito à licença porque em ambos os casos a presença da mãe perto da criança é igualmente importante e porque a lei (CC, art. 1596) declara que 'os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (NASCIMENTO, 2009, p. 192)

Em se tratando da estabilidade provisória apresentada, a dispensa imotivada, o ato jurídico é considerado nulo, e a consequência da declaração da nulidade é a reintegração ao emprego, prosseguindo a proteção até o termo derradeiro da estabilidade. (DELGADO, 2010).

4- CARACTERIZAÇÃO DA INSALUBRIDADE

As atividades ou operações insalubres são aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente, e do tempo de exposição aos seus efeitos.

Para Martins (2013, p. 269), insalubre “É o prejudicial à saúde, que dá causa à doença”. Seguindo nesse mesmo sentido, José Augusto Rodrigues Pinto afirma que:

A insalubridade pode ser ocasionada pelo contato do trabalhador com substâncias ofensivas à higiene, mas também com ambientes aptos a comprometer a saúde com doenças, por isso mesmo chamadas de profissionais. (PINTO, 2007, p.423)

Para complementar este conceito, imperioso trazer à baila o caput do artigo 190 da CLT:

Art. 190. O Ministério do Trabalho aprovará o quadro das atividades e operações insalubres e adotará normas sobre os critérios de caracterização da insalubridade, os limites de tolerância aos agentes agressivos, meios de proteção e o tempo máximo de exposição do empregado a esses agentes.
(BRASIL, 1943)

A história do adicional de insalubridade teve início na época da Revolução Industrial, ocorrida na Inglaterra, em meados do século XVIII.

Seu surgimento se deu em virtude das péssimas condições ambientais em que trabalhavam os operários (homens, mulheres e crianças). O que desencadeou em movimentos coletivos, juntamente com revoltas sociais e greves, na busca por garantia de uma vida digna e saudável. (BRUIN, 2017)

Diante deste cenário, os governantes se deram conta de que as reivindicações dos operários deveriam ser consideradas para a manutenção da ordem social. Começaram então a criar leis que norteariam o trabalho nas indústrias. (BRUIN, 2017)

Luis Augusto de Bruin destaca dois acontecimentos que justificam o surgimento do adicional insalubridade na história, sendo eles:

- A criação em 1919, da Organização Internacional do Trabalho, como parte do Tratado de Versalhes, que pôs fim à Primeira Guerra Mundial. A missão da OIT é “promover oportunidades para que

homens e mulheres possam ter acesso a um trabalho decente e produtivo, em condições de liberdade, equidade, dignidade e segurança.

- A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) que, em seu artigo 23 diz: “Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis no trabalho e à proteção contra o desemprego”. (BRUIN, 2017, p.1)

No Brasil, o adicional de insalubridade foi criado em 1936 pela lei 185 de 14 de janeiro, e tinha por princípio ajudar os trabalhadores na compra de comida. Na época, acreditava-se que pessoas bem alimentadas eram mais resistentes às doenças.

A referida lei dispunha, em seu artigo 2º, o seguinte texto:

Art. 2º Salário mínimo é a remuneração mínima devida ao trabalhador adulto por dia normal de serviço. Para os menores aprendizes ou que desempenhem serviços especializados é permitido reduzir até de metade o salário mínimo e para os trabalhadores ocupados em serviços insalubres é permitido argumentá-lo na mesma proporção. (BRASIL, 1936)

Em 1943, a CLT foi criada e trouxe um capítulo específico que tratava da higiene e segurança do trabalho, discorrendo sobre o tema em seus artigos 154 a 223 (BRASIL, 1943).

Em seguida, o Decreto Lei 389, de 26 de dezembro de 1968, determinou que a caracterização para pagamento de insalubridade fosse feita por médicos e engenheiros, devidamente habilitados em questão de higiene e segurança do trabalho. (BRUIN, 2017)

Por fim em 1978, por meio da Portaria nº 3.214/1978, o Ministério do Trabalho e Emprego regulamentou a matéria na Norma Regulamentadora nº 15, que definiu os agentes insalubres em quatorze anexos conforme discriminação a seguir:

- Anexo n. 1 – Ruído Contínuo ou Intermitente;
- Anexo n. 2 – Ruído de Impacto;
- Anexo n. 3 – Exposição ao Calor;
- Anexo n. 4 – (Revogado);
- Anexo n. 5 – Radiações Ionizantes;
- Anexo n. 6 – Trabalhos sob Condições Hiperbáricas;
- Anexo n. 7 – Radiações não Ionizantes;

- Anexo n. 8 – Vibrações;
- Anexo n. 9 – Frio;
- Anexo n. 10 – Umidade;
- Anexo n. 11 – Agentes Químicos cuja Insalubridade é Caracterizada por Limites de Tolerância e Inspeção no Local de Trabalho;
- Anexo n. 12 – Poeiras Minerais;
- Anexo n. 13 – Agentes Químicos;
- Anexo n. 13 – A – Benzeno; e
- Anexo n. 14 – Agentes Biológicos. (CRETON e AMARAL, 2018, p. 11 e 12)

Portanto, atualmente, a possível caracterização da insalubridade ocorrerá somente se o agente estiver inserido na referida norma.

Nesse sentido, a Súmula n. 460 do Superior Tribunal Federal (STF) assevera:

Para efeito do adicional de insalubridade, a perícia judicial, em relação trabalhista, não dispensa o enquadramento da atividade entre as insalubres, que é ato da competência do Ministério do Trabalho.

Assim entende-se que, para que a atividade exercida por um trabalhador seja considerada insalubre, ela deve ser prejudicial à saúde e figurar na relação oficial do Ministério do Trabalho e Emprego.

Ademais, conforme o subitem 15.1 da NR 15 consideram-se como atividade e operações insalubres as que se desenvolvem:

- a) acima dos limites de tolerância previstos nos anexos 1, 2, 3, 5, 11 e 12;
- b) nas atividades mencionadas nos anexos 6, 13 e 14;
- c) comprovadas por meio de laudo de inspeção do local de trabalho, constantes dos anexos 7, 8, 9 e 10.

Analisando esta norma, conforme aventam Saliba e Corrêa (1997), é possível identificar os três critérios utilizados para caracterização da insalubridade, quais sejam: avaliação quantitativa, qualitativa e qualitativa dos riscos inerentes à atividade.

Nos anexos: 1, 2, 3, 5, 8, 11, e 12 estão definidos os limites de tolerância para os agentes agressivos fixados em razão da natureza, da intensidade e o tempo

de exposição. Nesse caso, a insalubridade será caracterizada quando a intensidade ou concentração do agente superar o limite de tolerância, por meio de uma avaliação quantitativa. (CRETON e AMARAL, 2018)

Na mesma linha de pensamento, Saliba e Corrêa (1997) dizem que:

Nos anexos 1, 2, 3, 5, 8, 11, e 12 estão definidos os limites de tolerância para os agentes agressivos fixados em razão da natureza, intensidade e do tempo de exposição. Neste caso, o perito terá que medir a intensidade do agente e compará-los com os respectivos limites de tolerância; a insalubridade será caracterizada somente quando o limite for ultrapassado. Para tanto, o perito deve utilizar todas as técnicas e métodos estabelecidos pelas normas de Higiene Industrial juntamente com aquelas definidas nos mencionados anexos. (SALIBA e CORRÊA, 1997, p. 13)

Por sua vez, nos anexos 7, 9, 10 e 13, da supramencionada norma regulamentadora, não há fixação de limites de tolerância para os agentes que causam prejuízos à saúde dos empregados. Nestes casos, o perito deverá analisar detalhadamente o posto de trabalho, a função e a atividade do trabalhador, utilizando os critérios técnicos da Higiene Ocupacional, valendo-se de uma avaliação qualitativa.

[...] a insalubridade será comprovada pela inspeção realizada por perito no local de trabalho, ou seja, nesses anexos, o MTE adotou o critério de avaliação qualitativa e não fixou limites de tolerância para os agentes agressivos. (CRETON e AMARAL, 2018, p.12)

Por fim, verifica-se que existem atividades em que não há meios de eliminar ou neutralizar a insalubridade, logo, as condições insalubres são inerentes. Dessa forma, a caracterização da insalubridade, com base em uma avaliação qualitativa de riscos inerentes à atividade, deve-se fazer inspeção do local de trabalho. A título de exemplo, resta importante citar o trabalho em contato com pacientes em hospitais, onde o risco de contágio não pode ser totalmente eliminado com medidas no ambiente ou com o uso de EPI's.

Ou seja, para que haja direito ao recebimento do adicional de insalubridade, faz-se necessária a exposição do obreiro no mínimo a um dos agentes agressivos discriminados na norma regulamentadora e que a intensidade ou concentração do agente supere os limites de tolerância fixados pela mesma norma.

O artigo 192 da CLT estabelece:

O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário mínimo, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo. (BRASIL, 1943)

Inferese do artigo supracitado que o grau de insalubridade depende do tipo de agente a que o empregado está exposto.

Ademais, Creton e Amaral (2018) destacam em sua obra que não há variação do grau de insalubridade quando a intensidade do agente aumenta, isto é, uma concentração de poeira dez vezes superior ao limite gera o mesmo grau de insalubridade que uma concentração duas vezes superior ao limite de tolerância.

A determinação do grau de insalubridade é definida pela regulamentação do MTE através do anexo n. 14 da NR-15 que foi aprovado pela Portaria n. 12, de 12 de novembro de 1979.

A autora Alice de Monteiro Barros (2007) entende que:

O trabalho em condições insalubres, ainda que intermitente (Súmula n. 47 do TST), envolve maior perigo para a saúde do trabalhador e, por isso mesmo, ocasiona um aumento na remuneração do empregado. Em consequência, o trabalho nessas condições, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura ao empregado o direito ao recebimento de um adicional, de 10%, 20% ou 40% sobre o salário mínimo, ou mínimo profissional, conforme se classifique a insalubridade, respectivamente, no grau mínimo, médio ou máximo, segundo apurado por perito, médico ou engenheiro do trabalho registrado no Ministério do Trabalho. (BARROS, 2007, p. 767)

Cumpra salientar que a NR-15 veda a percepção cumulativa dos adicionais de insalubridade, conforme determina o subitem 15.3:

No caso de incidência de mais de um fator de insalubridade, será apenas considerado o de grau mais elevado, para efeito de acréscimo salarial, sendo vedada a percepção cumulativa.

O termo insalubre, conforme conceituado acima, é caracterizado como algo nocivo à saúde do trabalhador. A insalubridade pode ser ocasionada tanto pelo agente quanto pelo ambiente hostil à saúde do obreiro.

A legislação determina que seja responsabilidade do empregador eliminar os agentes insalubres em que o empregado estiver exposto. Caso não seja possível a sua eliminação, o agente prejudicial deverá ser neutralizado com o uso de EPI's.

A eliminação ou a redução dos riscos podem ocorrer de duas formas, conforme dispõe o artigo 191 da CLT:

A eliminação ou a neutralização da insalubridade ocorrerá:

I - com a adoção de medidas que conservem o ambiente de trabalho dentro dos limites de tolerância;

II - com a utilização de equipamentos de proteção individual ao trabalhador, que diminuam a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância. (BRASIL, 1943)

A eliminação consiste na extinção, na supressão do agente nocivo. Tendo por consequência a cessação do pagamento do referido adicional, conforme determina o art. 195 da CLT. O mesmo ocorrerá no caso de remoção do obreiro do local ou setor insalubre, este também não mais fará jus ao respectivo adicional.

Não sendo possível ou suficiente o controle no ambiente, deve-se utilizar o controle individual, por meio de EPI. Na adoção dessa medida, devem-se levar em conta as prescrições da NR-6. (CRETON e AMARAL, 2018)

A Súmula de nº 80 do TST elucida que se o empregador, ao fornecer os equipamentos de proteção individual, conseguir eliminar o agente nocivo, o adicional não será mais devido ao obreiro. Por outro lado, a Súmula 289, esclarece que o simples fornecimento do aparelho de proteção pelo empregador não o exime do pagamento do adicional de insalubridade, devendo tomar as medidas que conduzam à diminuição ou eliminação da nocividade, dentre as quais as relativas ao uso efetivo do EPI pelo empregado. (MARTINS, 2013, p. 272).

Assim, para que o empregador seja eximido de pagar o respectivo adicional, deverá ser eliminada a insalubridade ou reduzida aos níveis de tolerância constantes na NR 15 da Portaria nº 3.214/78.

Nesse caso, tanto a eliminação quanto a neutralização precisarão ser comprovadas mediante perícia técnica que comprove a inexistência de risco à saúde do trabalhador, conforme determina o item 15.4.1.2 da NR 15.

Sergio Pinto Martins (2009) critica o adicional de insalubridade, ao perceber que os empregadores calculam se vale a pena pagar um pouco mais, para expor a segurança e saúde de um trabalhador:

O ideal é que o empregado não tivesse que trabalhar em condições de insalubridade, que lhe são prejudiciais a sua saúde. Para o empregador, muitas vezes é melhor pagar o ínfimo adicional de insalubridade do que eliminar o elemento nocivo à saúde do

trabalhador, que demanda incentivos. O empregado, para ganhar algo a mais do que seu minguado salário, sujeita-se a trabalhar em local insalubre. (MARTINS, 2009, p. 644)

Assim, enquanto o obreiro trabalhar exposto a agentes insalubres acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo MTE, o empregador estará obrigado ao pagamento o adicional de insalubridade de acordo com cada caso concreto.

5- O NOVO ART. 394-A DA CLT E A POSSIBILIDADE DE PREJUÍZO À GESTANTE

Ao adentrar propriamente na temática do presente trabalho acadêmico, é fundamental esclarecer algumas circunstâncias relativas ao artigo 394-A da CLT.

Antes da inserção do art. 394-A da CLT, o art. 392, §4º, I, da mesma norma, com redação de 1999, já garantia a empregada gestante, durante a gravidez e sem prejuízo do salário e demais direitos, a transferência para função salubre, quando as condições de saúde o exigissem e conforme atestado médico.

No entanto, em 11 maio de 2016 foi sancionada a lei 13.287, que acrescentou o artigo 394-A à CLT, sendo o seu texto publicado no Diário Oficial da União, Seção 1, Edição Extra, que em seus termos, dispunha:

LEI Nº 13.287, DE 11 DE MAIO DE 2016

Acrescenta dispositivo à Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para proibir o trabalho da gestante ou lactante em atividades, operações ou locais insalubres.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

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)."

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 11 de maio de 2016; 195º da Independência e 128º da República.

DILMA ROUSSEFF

Nelson Barbosa

Nilma Lino Gomes (BRASIL, 2016).

Com efeito, o referido artigo passou a proibir expressamente e sem exceções o trabalho da mulher gestante ou lactante em locais insalubres, determinando o seu afastamento enquanto durasse a gestação e o período de lactação, de modo que a trabalhadora deveria ser afastada do ambiente insalubre independentemente do seu grau de insalubridade, devendo ser realocada para um outro local de trabalho que não apresentasse agentes insalubres.

De acordo com Raimundo Simões de Melo (2017), a redação dada ao art. 394-A da CLT pela Lei nº 13.287/2016 teve como objetivo a proteção total da gestante e da lactante, do feto e da criança nos períodos de gestação e lactação, proibindo o trabalho da empregada em atividades, operações ou locais insalubres, levando-se em conta que, sabidamente, o labor nestes ambientes poderia causar sérios danos ao feto ou à criança. Neste mesmo sentido, confira-se:

Conforme a exposição de motivos do Projeto de Lei n. 814-B, de 2007, do qual derivou a Lei n. 13.287, de 11 de maio de 2016, a intenção do legislador foi de tutelar a maternidade e a infância, direitos sociais garantidos pelo art. 6º, da CRFB. Há que se destacar, ainda, que o Projeto seguiu a diretriz do art. 10, do ADCT, que, no mesmo intuito protetivo, veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. (NETO, BURMANN, *et al.*, 2018, p.67)

Ressalta-se que o paragrafo único do art. 394-A, onde previa que “Durante o afastamento temporário previsto no *caput*, fica assegurado à empregada gestante ou lactante o pagamento integral do salário que vinha percebendo, incluindo o adicional de insalubridade”, foi vetado pela presidente Dilma, e, segundo Zélia Maria e Luciana Paula (2018,) as razões do veto estavam relacionadas à proteção do trabalho da mulher, pois, na medida em que se garantia a empregada à remuneração integral, atribuía-se esse ônus integralmente ao empregador, o que poderia acarretar uma discriminação horizontal no trabalho da mulher.

Dessa forma, restou determinado que no período que a gestante ou a lactante estivesse realocada em um novo ambiente de trabalho salubre, a mesma perderia o direito ao recebimento de adicional de insalubridade, visto que o referido adicional tem ligação direta com a exposição aos agentes nocivos à sua saúde.

No entanto, pouco mais de um ano depois da aprovação da Lei nº 13.287/2016, a Reforma trabalhista voltou a regulamentar o assunto, modificando completamente e em sentido contrário a redação do art. 394-A da CLT, que passou a prever o seguinte texto:

Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de: (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

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; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

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. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 1º (VETADO) (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 2º Cabe à empresa pagar o adicional de insalubridade à gestante ou à lactante, efetivando-se a compensação, observado o disposto no art. 248 da Constituição Federal, por ocasião do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 3º Quando não for possível que a gestante ou a lactante afastada nos termos do caput deste artigo exerça suas atividades em local salubre na empresa, a hipótese será considerada como gravidez de risco e ensejará a percepção de salário-maternidade, nos termos da Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991, durante todo o período de afastamento. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017). (BRASIL, 1943)

Como é fácil observar, no dispositivo acima transcrito, a gestante só será obrigatoriamente afastada das atividades consideradas insalubres em grau máximo e enquanto durar a gestação. Quanto àquelas consideradas de grau mínimo e médio, a gestante somente será afastada quando apresentar atestado médico que impeça tal trabalho.

Já em relação às lactantes, o referido artigo dispõe que estas poderão trabalhar em ambientes que apresentem qualquer grau de insalubridade, a menos que haja recomendação de afastamento por meio de atestado de saúde, emitido por médico de confiança da trabalhadora. (NETO e KAJOTA, 2018)

Importante notar, ao teor da redação da Lei 13.467/2017, que mesmo afastada do labor insalubre na empresa a gestante ou lactante fará jus à percepção do adicional de insalubridade, que deverá ser pago pelo seu empregador que, por seu turno, poderá compensar o valor desse adicional de insalubridade com o valor das contribuições previdenciárias mensalmente devidas pela empresa.

Note-se que, com a reforma trabalhista, a gestante poderá trabalhar em ambiente com insalubridade de grau médio e mínimo e a lactante poderá trabalhar

em qualquer ambiente insalubre, independente do grau, mesmo com o risco de acarretar danos irreparáveis a ela, ao feto ou à criança amamentanda.

Na hipótese de necessidade de afastamento, o dispositivo prevê a concessão de benefício de salário-maternidade à gestante ou lactante que não puder ser transferida para atividades salubres na empresa. Nesse caso, a gravidez será considerada de risco e a empregada gestante ou lactante terá direito ao benefício previdenciário durante todo o período de afastamento. (MIESSA e CORREIA, 2018), sendo, portanto, hipótese de suspensão do contrato de trabalho, assim como ocorre durante o período em que a mulher recebe o salário maternidade.

O artigo em análise estabelece, ainda, que caberá à gestante e à lactante o ônus de apresentar atestado médico recomendando o afastamento das atividades insalubres.

Constata-se que houve uma inversão das lógicas, jurídicas e médica, pois o reconhecimento da atividade insalubre, independentemente do grau, em regra, pressupõe que ela tem potencial para causar danos a qualquer trabalhador, e no caso das gestantes e lactantes, trabalhadoras mais vulneráveis aos agentes insalubres, o legislador reformista adotou presunção em sentido contrário, ou seja, de que essa atividade não causa dano, até que o médico de confiança da trabalhadora ateste o contrário.

Assim verifica-se que a nova configuração vigente faz com que tal ônus recaia justamente sobre os sujeitos que se visa tutelar de forma imediata, o que não se mostra razoável, face à evidente hipossuficiência da trabalhadora.

NETO, BURMANN, *et al.* (2018) ressaltam em sua obra que as alterações no art. 394-A da CLT não estavam previstas no texto original do Projeto de Lei nº 6.787 de 2016, de autoria do Poder Executivo, e que deu origem à Lei 13.467/2017. Diz ainda que:

Essas alterações foram incluídas pela Emenda Aditiva nº 407 de 2017, sob o fundamento de que a redação anterior do referido artigo, por determinar o afastamento obrigatório das empregadas gestantes ou lactantes de atividades insalubres em qualquer grau, se traduziriam em risco a manutenção do emprego das trabalhadoras, pois, ao serem proibidas de atuar em suas funções originariamente insalubres, correriam o risco de perder seu emprego para alguém que pudesse fazê-lo. (NETO, BURMANN, *et al.*, 2018, p.68)

Diante das incertezas geradas pela nova redação do artigo 394-A da CLT, foi editada em 14 de novembro de 2017 a Medida Provisória 808, a qual buscava um meio termo entre a Lei n. 13.287/2016 e a Lei n. 13. 467/2017, as quais apresentam situações literalmente opostas, a primeira não permitia expressamente o trabalho da grávida e lactante em ambiente insalubre, enquanto, a segunda lei permite este mesmo trabalho, só que com algumas exceções.

Pela Medida Provisória, a gestante seria afastada automaticamente de qualquer ambiente insalubre durante toda a gestação, deixando de receber o referido adicional, salvo quando esta, voluntariamente, apresentasse atestado de saúde emitido por médico de sua confiança que a permitisse laborar em atividades de insalubridade grau médio ou mínimo. Assim, inicialmente qualquer atividade nesses ambientes pela trabalhadora grávida seria proibida. Quanto à lactante, houve o total silêncio da Medida Provisória.

Importante salientar que a referida Medida Provisória foi fruto de um acordo do Presidente Michel Temer com sua base no Senado Federal. O objetivo era que o texto da reforma trabalhista fosse aprovado sem alterações, uma vez que o Governo entendia que, se o Senado alterasse o texto, seria necessário que o projeto de lei retornasse a Câmara dos Deputados para a análise e votação das alterações, o que atrasaria a aprovação da reforma.

Assim, restou acordado que o Senado aprovaria o texto como foi enviado pela Câmara, no entanto, indicaria pontos a serem vetados por Temer e modificados através de medida provisória a ser enviada pelo Executivo ao Congresso.

Entre os pontos indicados para serem vetados ou modificados pela Medida Provisória estava o trabalho em ambientes insalubres de gestantes e mulheres amamentando.

O Governo Federal cumpriu com sua parte no acordo, editando a Medida Provisória 808, no entanto, esta perdeu sua validade porque não foi convertida em lei pelo Congresso Nacional, tendo a Câmara dos deputados deixado transcorrer o prazo máximo de 120 (cento e vinte dias) para esta conversão, culminando na expiração da MP em 23 de abril de 2018.

Assim, com a queda da Medida Provisória 808, as alterações promovidas pela reforma trabalhista passaram a produzir efeitos com seu texto originalmente aprovado, colocando em risco a vida e a saúde da mulher gestante ou lactante, bem como do nascituro e recém-nascido.

Em 26 de Abril de 2018, 3 dias após a queda da referida MP, a Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos (CNTM) propôs, perante o Supremo Tribunal Federal (STF), Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) contra a norma da reforma trabalhista que admite a atuação de grávidas ou lactantes em atividades insalubres, em algumas hipóteses.

Em sua petição inicial, a CNTM questiona expressões nos incisos II e III do art. 394-A da nova CLT, sustentando que essa previsão, ao admitir a possibilidade de trabalhadoras grávidas ou lactantes desempenhem atividades insalubres nas hipóteses declinadas no texto da reforma, afrontaria “a proteção que a Constituição Federal veementemente atribui à maternidade, à gestação, à saúde, à mulher, ao nascituro, aos recém-nascidos, ao trabalho e ao meio ambiente do trabalho equilibrado”. Nesse sentido, aponta como normas constitucionais violadas: art. 1º, IV (o valor social do trabalho como fundamento da República); o art. 6º; art. 7º, XX e XXII; art. 170; art. 193; art. 196; art. 201, II; art. 203, I; e art. 225, todos da Constituição Federal, dispositivos que, em variados contextos, tratam da proteção à mulher, à maternidade e à valorização do trabalho humano (ADI 5938, 2018).

Diante disso, a confederação pede, cautelarmente, a suspensão da eficácia da expressão “quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento” dos incisos II e III do art. 394-A da CLT, redação conferida pelo art. 1º da Lei 13.467/2017 (ADI 5938, 2018).

A referida ADI tomou o número 5938 e tem como relator o ministro Alexandre de Moraes, que recebeu a ação e decidiu adotar rito abreviado, na forma do artigo 12 da lei 9.868/99, encaminhando ao Plenário do STF para julgamento.

Após a interposição da ADI, a Câmara dos Deputados se manifestou e não apresentou posição favorável nem contrária ao pedido, mas apenas informou que a Lei 13.467/2017 observou regularmente o Processo Legislativo.

Na sequência, a Advocacia Geral da União também apresentou sua manifestação, opinando pela improcedência do pedido, por entender constitucional o dispositivo impugnado.

No momento, a ADI aguarda as manifestações da Procuradoria Geral da República, que ainda não se pronunciou em relação à Ação.

É fundamental aludir, conforme vem sendo abordado ao longo do estudo, que o ambiente insalubre se refere a um ambiente não sadio, ou seja, prejudicial à saúde do indivíduo que exerce atividade nesse meio, fazendo jus o empregado ao recebimento de um adicional. Nesse ponto de vista é substancial a constatação de que um trabalhador, de modo geral, ao desempenhar suas atividades em lugar insalubre, tem colocado em risco a sua própria saúde, fato que se torna ainda mais grave se levarmos em conta que esse trabalhador possa ser uma mulher grávida ou lactante, onde não só a saúde dela está em risco, mas também a da sua prole.

Uma vez grávida, a trabalhadora não está mais sozinha, pois carrega consigo um (ou mais de um) ser sensível a todas as variações dos ambientes interno e externo. Além disso, as fantásticas modificações biológicas, físicas e psíquicas que ocorrem com a gestante, ao mesmo tempo em que preparam e a fortalecem para o parto, também a fragilizam, podendo limitar de maneira variada suas atividades, além de torná-la mais sensível em relação à dinâmica social, às relações interpessoais e principalmente aos agentes de risco ocupacional.

A respeito das consequências decorrentes das exposições ocupacionais a agentes insalubres o médico Marcelo Pustiglione desenvolveu uma pesquisa onde é possível constatar a extensão dos danos que os Agentes de Risco Ocupacionais (ARO) podem causar à saúde da gestante, da lactante e da criança.

Em resumo, o referido estudo médico atesta que: 1) ARO de natureza física: são referidos impactos no processo de gestação e no começo do conceito; não há referência de impacto no lactente. Entretanto, existem algumas evidências que necessitam ser melhor estudadas sobre o aumento do risco de aborto espontâneo em gestantes expostas a radiações eletromagnéticas; 2) ARO de natureza química: as substâncias químicas de uma forma em geral representam ARO que pode afetar tanto a gestante quanto o conceito e o lactente, a curto, médio e longo prazo; 3) ARO de natureza biológica: foi observado fato semelhante, com a particularidade de

poder estar incluída nessa relação a eventualidade de medicalização da gestante ou lactante, o que pode pôr em risco a gestação ou obrigar a suspensão do aleitamento; 4) ARO de natureza biomecânica: não são relatados impactos no lactente; 5) ARO de natureza psicossocial e organizacional: habitualmente negligenciado, esse ARO demonstra potencial de impacto não apenas na gestação, mas também no conceito e no lactente; 6) ARO de natureza acidental: representam potencial de dano principalmente para a gestação e para o conceito; entretanto, a exposição acidental a material biológico potencialmente contaminado, evento frequente entre trabalhadores de serviço de saúde (especialmente o pessoal de enfermagem), pode obrigar (no caso de envolvimento do HIV, p. ex.) a suspensão do aleitamento, evidenciando assim importante impacto no lactente (PUSTIGLIONE, 2017).

Assim, constata-se através do estudo que os agentes insalubres podem causar impactos negativos às gestantes, à lactante e à criança, bem como que há a necessidade de regramento cogente quanto ao seu trabalho em atividades insalubres, pois a instituição ou modificação dessas regras demandam estudo governamental profundo, sob diversos ângulos, como: biológicos, sociais, jurídico e financeiro.

Ainda sobre os efeitos da exposição da grávida, da lactante, e do feto aos agentes insalubres, o médico e pesquisador da Fundação Oswaldo Cruz, Francisco José Roma Paumgarten esclarece:

Os efeitos da exposição materna sobre o desenvolvimento do conceito dependem da época em que ocorre. Acredita-se que antes da implantação (dia 6 a 7,5 pós-concepção), a resposta é do tipo “tudo-ou-nada”, i.e., ou o embrião não é afetado pela exposição, ou esta resulta na sua morte. A possibilidade de exposições pré-implantação causarem malformações congênitas foi sugerida por alguns estudos experimentais, mas a literatura a respeito é controversa. As dismorfologias são produzidas fundamentalmente por exposições que ocorrem durante o período de embriogênese ou organogênese (primeiro trimestre), quando a estrutura básica do corpo e seus órgãos é formada. No período de crescimento e maturação fetal, que se prolonga até o parto (segundo e terceiro trimestres), os efeitos mais frequentes são o retardo do crescimento intrauterino e as deficiências funcionais, incluindo as alterações neurocomportamentais, que aparecem após o nascimento. (PAUMGARTTEN, 2013, p. 1486).

Quanto aos efeitos da exposição indireta da criança a substâncias químicas durante o período de amamentação, o mesmo autor alerta:

A exposição da nutriz a substâncias químicas no local de trabalho, antes e durante a lactação, pode resultar em exposição significativa do lactente via leite materno. Substâncias lipofílicas a que a nutriz foi exposta (e.g. hidrocarbonetos aromáticos policíclicos, solventes, medicamentos), e estão presentes no seu sangue, tendem a se concentrar na gordura do leite, sendo, desta forma, transferidas para a criança. (PAUMGARTTEN, 2013, p. 1486).

Assim, constata-se que a reforma trabalhista, no que se refere à proteção das empregadas gestantes e lactantes, foi enfraquecida naquilo que já era garantido, isto é, proteger a gestante e a lactante, como também o nascituro ou a criança no período de gestação e lactação, evitando a atuação destas trabalhadoras, em áreas de risco de contaminação.

A jurisprudência é dominante no sentido de que o empregador não está imune às sanções judiciais decorrentes dos danos porventura causados ao trabalhador, quando o agente insalubre ao qual o obreiro está exposto atua como concausa para o surgimento de doenças ocupacionais.

Dessa forma, colaciono julgados recentes do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região:

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. TRABALHO COMO FATOR DE CONCAUSA DE ACOMETIMENTO DE DOENÇA.

Caso em que as atividades laborais do autor na segunda ré atuaram como fator de concausa para o acometimento da doença, nos termos do art.21, I, da Lei 8.213/1991, havendo o dever de indenizar da empregadora, por força do art. 7º, XXVIII, da Constituição e dos arts. 186, 927 e 950 do Código Civil. Recurso das rés desprovido no aspecto.

(TRT-4 - RO: 00204109420165040030, Data de Julgamento: 30/08/2018, 7ª Turma)

DOENÇA OCUPACIONAL. DEVER DE INDENIZAR. TRABALHO COMO FATOR DE CONCAUSA DE ACOMETIMENTO DE DOENÇA. Caso em que as atividades laborais da reclamante na reclamada atuaram como fator de concausa para o acometimento da doença, nos termos do art. 21, I, da Lei 8.213/1991. Culpa da ré caracterizada pela sujeição da empregada a condições de trabalho nocivas. Recurso ordinário da reclamada desprovido. Acórdão do processo 0000117-92.2010.5.04.0522 (RO). Data: 16/04/2015. Origem: 2ª Vara do Trabalho de Erechim. Órgão julgador: 7ª. Turma. Redator: Wilson Carvalho Dias.

Muito se critica o adicional de insalubridade porque propicia ao empregador de certa forma remunerar pelo prejuízo à saúde do trabalhador, quando o mais indicado seria afastá-lo de atividades que gerassem este risco. Assim, apenas as atividades essenciais em que fosse impossível de afastar completamente o risco à saúde do trabalhador é que deveriam ser remuneradas com o adicional.

No entanto, o que vemos é que muitas vezes o pagamento de reduzido adicional de insalubridade é menos custoso ao empregador que este procurar meios de neutralizar ou eliminar os elementos nocivos do ambiente de trabalho.

Diante do exposto, questiona-se se os atestados médicos serão mesmo garantia de proteção para a mulher e o feto, porque o médico pode não ter o conhecimento específico necessário sobre segurança e meio ambiente do trabalho ou não examinar o local de trabalho pessoalmente. Ademais, é certo que o profissional médico que emitir um atestado afirmando que a mulher poderá trabalhar em local insalubre sem risco para ela e para o nascituro estará assumindo grande responsabilidade, inclusive no âmbito civil e penal. (MELO, 2017).

Não é só, o trabalho de grávidas e lactantes em ambientes insalubres poderá afetar não apenas a trabalhadora, mas os recém-nascidos e mesmo os futuros seres humanos.

Diante de todo o exposto, entende-se que o legislador incorreu em equívoco ao flexibilizar tal regra, pois não está salvaguardando o bem estar e a saúde da gestante e do nascituro. Mais, com a suavização da proteção normativa que permite a mulher gestante em trabalhar em locais insalubres, mesmo que em grau mínimo e médio, o legislador não está protegendo a maternidade e a infância, direitos estes previstos nos art. 6º e incisos XX e XXII do art. 7º, ambos da Constituição Federal, conforme exposto:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; [...] XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

Logo, como se vê, a mulher gestante e lactante não deve trabalhar em condições insalubres, independentemente do grau de insalubridade, o que deve ser assegurado desde o momento da concepção da gravidez. Nesse sentido, o Enunciado 2 da Comissão 4 aprovado na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, dispõe:

A AUTORIZAÇÃO LEGAL PERMITINDO O TRABALHO DA GESTANTE E LACTANTE EM AMBIENTE INSALUBRE É INCONSTITUCIONAL E INCONVENCIONAL PORQUE VIOLADORA DA DIGNIDADE HUMANA, DO DIREITO À REDUÇÃO DOS RISCOS INERENTES AO TRABALHO, DA PROTEÇÃO INTEGRAL AO NASCITURO E À CRIANÇA E DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE. ADEMAIS, O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO SAUDÁVEL É DIREITO FUNDAMENTAL GARANTIDO PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, REVESTIDO DE INDISPONIBILIDADE ABSOLUTA. INCIDÊNCIA DOS ARTS. 1º, III; 6º; 7º, XXII; 196; 200; 201, II; 203, I; 225; 226 E 227 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL; CONVENÇÃO 103 E 183 DA OIT; ARTS. 25, I E II DA DUDH (TRABALHADORA GESTANTE E LACTANTE. ART. 394-A DA CLT, 2017)

Desse modo, compreende-se que a entrada em vigor da Lei nº 13.467/2017, que modificou substancialmente o art. 394-A da CLT, permitindo o trabalho das gestantes e lactantes em atividades, operações ou locais insalubres, degrada a primazia do direito à vida e à saúde, fundamento da proteção à maternidade, bem como corresponde ao inegável retrocesso no que concerne aos direitos humanos das trabalhadoras, dos nascituros e recém-nascidos, o que se tem como vedado no contexto de um Estado Democrático de Direito.

Com efeito, conforme se depreende dos estudos abordados ao longo do presente capítulo, dependendo do agente nocivo à saúde, há a real possibilidade de serem causados graves prejuízos para a saúde da gestante trabalhadora ou de seu filho, diante da possibilidade de contaminação do sangue drenado para a placenta ou mesmo do leite, tanto na fase de gestação quanto na fase de aleitamento, ou seja, contempla-se que cabe respeitar não somente a integridade física da gestante, como também da nova vida que traz no seu ventre, afrontando, a toda evidência, o princípio maior da dignidade humana, o qual deve ser entendido como um conjunto de direitos e deveres, que assegura a cada ser humano a garantia contra todos de não ser submetido a ato degradante, garantindo-lhe condições existenciais mínimas de vida saudável, em comunhão com os demais seres humanos.

6- CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando o deslinde do presente trabalho, é possível observar que a mulher conquistou ao longo dos anos, um respeitável espaço no mercado de trabalho. A legislação brasileira vem assegurando à mulher segurança e liberdade perante a sociedade para que ela possa exercer seus direitos e obrigações.

A evolução da legislação trabalhista brasileira, em relação ao labor da mulher, divide-se em três períodos distintos. O primeiro, marcado pela quase total ausência de normas, findou no início da década de 40 do século passado com a entrada em vigor da CLT.

O segundo, caracterizado por um excesso de tutela, que proibia o trabalho feminino em várias atividades, provocando discriminação e restringindo o acesso e a permanência das mulheres no concorrido mercado de trabalho.

A terceira fase, por sua vez, surgiu com o advento da Constituição da República de 1988, a qual disciplinou não apenas o direito a saúde, como também outros direitos fundamentais. Dentre tantas conquistas destaca-se o direito à licença gestante de 120 dias, sem prejuízo do emprego ou salário, e a estabilidade provisória à mulher grávida desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

A trajetória do sistema de proteção à mulher no Brasil foi amparada pelas constituições, que, cada qual em seu tempo, abordou uma parte ou um aspecto do trabalho da mulher e da proteção à gestante e à lactante, entregando uma garantia social significativa.

Sendo assim, ao longo dos anos, as mulheres foram tomando um papel fundamental e decisivo em nossa sociedade, buscando direitos que antes pareciam inalcançáveis. O legislador adequou-se, trazendo normativas jurídicas protetivas ao direito da mulher, com o intuito de salvaguardar os direitos e garantias a elas inerentes.

Destarte, a reforma relativizou a proteção ao aprovar a flexibilização do artigo 394-A da Consolidação das Leis do Trabalho, no qual autoriza a exposição tanto da mulher quanto do nascituro a agentes nocivos à saúde, ao flexibilizar a proibição de trabalho em local insalubre durante a gestação e lactação.

Com efeito, constatou-se que dependendo do agente nocivo à saúde, há a real possibilidade de serem causados graves prejuízos para a saúde da gestante trabalhadora ou de seu filho, tanto na fase de gestação quanto na fase de aleitamento, ou seja, contempla-se que cabe respeitar não somente à integridade física da gestante, como também da nova vida que traz no seu ventre.

Assim, verifica-se que o legislador errou ao suprimir garantias concedidas as trabalhadoras que ao longo dos anos foram conquistadas com tanto esforço, especialmente no que tange aos direitos das gestantes em relação ao local de trabalho insalubre, vindo a promover preocupante minimização da norma protetiva em detrimento da dignidade da trabalhadora e de sua prole.

Por outro lado, a exigência de atestado médico para o afastamento das atividades insalubres é inviável, em razão do difícil acesso à assistência médica de parte da população e, não se pode deixar de lembrar, da pressão que a própria trabalhadora sofrerá do empregador para que não busque este atestado.

Percebe-se que, a nova redação do artigo 394-A viola o direito fundamental à redução dos riscos inerentes ao trabalho, bem como os direitos do nascituro e da criança, notadamente os direitos à saúde e ao desenvolvimento saudável.

Por sua vez, a preservação e proteção da saúde da criança em face dos elementos nocivos presentes do ambiente de trabalho de sua genitora constitui direito fundamental de indisponibilidade absoluta, inclusive, pela inaptidão volitiva da criança, cujo patrimônio jurídico se mantém ao largo do pacto laboral. Disso decorre, inclusive, a inviabilidade de disposição desse direito, ainda que sob o argumento da liberdade de exercício da profissão (arts. 5º, inciso XIII, 6º e 7º, inciso XXVI).

A saúde da trabalhadora gestante e especialmente a da criança lactente, nesse contexto, não constitui valor sujeito à autonomia contratual, eis que consiste em elemento inerente à dignidade da pessoa humana.

Diante de todo o exposto, entende-se que a nova redação do artigo 394-A viola o direito fundamental à redução dos riscos inerentes ao trabalho, bem como os direitos do nascituro e da criança, notadamente os direitos à saúde e ao desenvolvimento saudável, devendo ser combatida pela doutrina e jurisprudência pátria, de forma a dar máxima efetividade das garantias constitucionais relacionadas.

REFERÊNCIAS

- ADI 5938. **Supremo Tribunal Federal**, 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5447065>>. Acesso em: Out 29 2018.
- BARROS, A. M. D. **Curso de Direito do Trabalho**. 3ª. ed. São Paulo: LTr, 2007.
- BARROS, A. M. D. **Curso de Direito do Trabalho**. 5ª. ed. São Paulo: LTr, 2009.
- BARROS, A. M. D. **Curso de Direito do Trabalho**. 6ª. ed. São Paulo: LTr, 2010.
- BRASIL. Decreto nº 21.417, de 17 de maio de 1932. **Câmara dos Deputados**, 1932. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21417-17-maio-1932-559563-publicacaooriginal-81852-pe.html>>. Acesso em: 12 set. 2018.
- BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL, 16 julho 1934. Acesso em: 17 set. 2018.
- BRASIL. Lei n. 185, de 14 de Jan de 1936. **comissões de salário mínimo**, Brasília, DF, 14 Jan 1936.
- BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 10 Novembro 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 17 set. 2018.
- BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1 de mai. de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**, Brasília, DF, Mai 1943.
- BRASIL. Decreto nº 5.005, de 8 de mar. de 2004. **Promulga a Convenção nº 171 da Organização Internacional do Trabalho relativa ao Trabalho Noturno**, Brasília,DF, mar 2004.
- BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 19 set. 2018.
- BRASIL. Lei nº 13.287, de 11 de Maio de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13287.htm>. Acesso em: 15 Out 2018.
- BRUIN, J. A. D. Monetizando a saúde. **Revista Proteção**, 2017. Disponível em: <<http://www.protecao.com.br/site/inc/structure/printMateria.php?id=AAjjJa>>. Acesso em: 04 out. 2018.

CALIL, L. E. S. **Direito do Trabalho da Mulher: A questão da igualdade jurídica ante a desigualdade fática.** São Paulo: LTr, 2007.

CRETON, S. M.; AMARAL, A. S. **Jurisprudência de Insalubridade e Periculosidade, Acidentes e Doenças do Trabalho e Prova Pericial.** São Paulo: LTr, 2018.

DEL PRIORE, M. (.). **História das Mulheres no Brasil.** São Paulo: Contexto, 1997.

DELGADO, M. G. **Manual de Direito do Trabalho.** 9º. ed. São Paulo: LTr, 2010.

FIGUEIREDO, A. P. S. **ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE: UMA ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS SOBRE O (IN)DEFERIMENTO CUMULATIVO.** TCC (TCC em Direito) - FANESE. Aracaju, p. 73. 2017.

GARCIA, G. F. B. **Reforma Trabalhista.** 2ª. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

JORGE NETO, F. F.; CAVALCANTE, J. **Direito do Trabalho.** 7ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

LEITAO, A. ; GRIECO, A. **Manual de Direito Previdenciário.** São Paulo: Saraiva, v. 4ª, 2016.

LIMA, L. B. D. A PROTEÇÃO À MATERNIDADE NO BRASIL: Estudo acerca dos avanços da proteção à maternidade e de questões ainda não tuteladas pelo Direito do Trabalho brasileiro na Pós Modernidade. **PublicaDireito**, 2015. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=bd26c6a5924c3aae>>. Acesso em: 15 set. 2018.

MARTINS, S. P. **Direito do Trabalho.** 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINS, S. P. **Direito do Trabalho.** 29ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MELO, R. S. D. **Direito ambiental do trabalho e saúde do trabalhador:** responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição. 5ª. ed. São Paulo: LTr, 2013.

MELO, R. S. D. Reforma erra ao permitir atuação da grávida e lactante em local insalubre. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9º Região**, Curitiba, v. 6, n. 61, p. 314, jul/ago 2017.

MELO, S. Reforma erra ao permitir atuação de grávida e lactante em local insalubre. **ConJur**, 21 jul 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-21/reflexoes-trabalhistas-reforma-erra-permitir-gravida-lactante-local-insalubre>>. Acesso em: 16 Out 2018.

MIESSA, É.; CORREIA, H. **A Reforma Trabalhista e seus Impactos.** Salvador: JusPODIVM, 2018.

MONTAL, Z. M. C.; CARVALHO, L. P. D. V. **Reforma Trabalhista em Perspectiva: desafios e possibilidades**. São Paulo: LTr, 2018.

NASCIMENTO, A. M. **NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho**. 23^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NASCIMENTO, A. M. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 35^a. ed. São Paulo: LTr, 2009.

NASCIMENTO, A. M. **Curso de Direito do Trabalho**. 25^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NETO, A. M. et al. **Reforma Trabalhista Brasileira em debate: Grupo de estudos**. 1^a. ed. São Paulo: LTr, 2018.

NETO, J. A. D.; KAJOTA, E. **Reforma Trabalhista ponto a ponto: estudo em homenagens ao professor Luiz Eduardo Gunther**. São Paulo: LTr, 2018.

PAUMGARTTEN, F. J. R. **Doenças da reprodução e malformações congênitas relacionadas ao trabalho. Patologia do trabalho**. 3^a. ed. São Paulo: Atheneu, v. 2, 2013.

PINTO, J. A. R. **Tratado de Direito Material do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.

PUSTIGLIONE, M. TRABALHADORAS GESTANTES E LACTANTES: IMPACTO DE AGENTES DE RISCO OCUPACIONAL NO PROCESSO DE GESTAÇÃO, NO CONCEITO E NO LACTENTE. **blog Saúde ocupacional - Marcelo Pustiglione**, 2017. Disponível em: <<http://www.marcelopustiglione.com/blog-sade-ocupacional/2017/6/23/trabalhadoras-gestantes-e-lactantes-impacto-de-agentes-de-riscoocupacionalnoprocesso-de-gestaono-conceptoeno-lactente>>. Acesso em: 29 out. 2018.

SALIBA, T. M.; CORRÊA, A. C. C. **Insalubridade e Periculosidade**. 3^a edição. ed. São Paulo: LTr, 1997.

SANT'ANA, M. A proteção ao trabalho da mulher perante o Princípio Constitucional da Isonomia. **JusBrasil**, 2016. Disponível em: <<https://marinasantana73.jusbrasil.com.br/artigos/328797061/a-protecao-ao-trabalho-da-mulher-perante-o-principio-constitucional-da-isonomia>>. Acesso em: 02 out. 2018.

SANTOS, C. M. D. As diferenças entre eliminação e neutralização da insalubridade. **JusBrasil**, 2015. Disponível em: <<https://carlosmodanesdosantos.jusbrasil.com.br/artigos/227777915/as-diferencas-entre-eliminacao-e-neutralizacao-da-insalubridade>>. Acesso em: 09 out. 2018.

SARAIVA, R.; LINHARES, A.; SOUTO, R. T. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Salvador: juspodivm, 2018.

SILINGOWSCHI, L. E. **DIREITO DO TRABALHO DA MULHER**: a questão de igualdade jurídica ante a desigualdade fática. 1^a. ed. São Paulo: LTr, 2007.

SILVA, T. M. D. **A Evolução dos Direitos das Mulheres nas Relações de Trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

TRABALHADORA GESTANTE E LACTANTE. ART. 394-A DA CLT. **Jornada Nacional**, 2017. Disponível em: <<http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis2.asp?ComissaoSel=4>>. Acesso em: 30 out. 2018.