

Data da aprovação: ____/____/____

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E O TRABALHO DA MULHER GESTANTE E LACTANTE EM AMBIENTE INSALUBRE

Lia Pinheiro Camelo¹

Humberto Lima de Lucena Filho²

RESUMO

Partindo da evolução histórica distinta entre os sexos dentro dos papéis da sociedade, é que as primeiras convenções da OIT passam a proteger o trabalho da mulher, principalmente em seu período gestacional. Partindo dessa premissa que a pesquisa procura estudar o art. 394-A da lei n. 13.467/2017, que adveio com a reforma trabalhista no Brasil, utilizando como objetivo geral: verificar a existência de um controle de convencionalidade sobre os art. 611-A, XII e 394-A da CLT como forma de mecanismo de proteção à maternidade, sendo dois os objetivos específicos norteadores: classificar o trabalho em ambiente insalubre e seus reflexos no direito à saúde da gestante e da lactante; e compreender como o controle de convencionalidade pode servir de tutela à maternidade. Adotou-se como método de pesquisa o lógico-dedutivo, fazendo levantamento bibliográfica e jurisprudencial, analisando também a legislação vigente no país, as normas de Ministério do Trabalho e Emprego que sejam necessárias, e principalmente as convenções e tratados da OIT. Ao final foi constatado que o país vive em um sistema ultrapassado de monetização da saúde onde os trabalhadores são expostos a ambiente insalubre, compensando-se com o adicional, o que admite já a exposição danosa a saúde, sendo mais ainda se a mulher gestante for a exposta, com isso é claro que um controle de convencionalidade reprove tais artigos.

Palavras-chaves: Direito internacional do trabalho. Controle de convencionalidade. Trabalho da mulher gestante.

THE CONTROL OF CONVENTIONALITY AND THE WORK OF FEMALE AND INFANT FEMALE WOMEN

ABSTRACT

¹ Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: lia.pc@hotmail.com

² Professor Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: betolucenax@gmail.com

Based on the distinct historical evolution of the sexes within the roles of society, the first conventions of the ILO come to protect the work of women, especially during their gestational period. Starting from this premise that the research seeks to study article 394-A of law no. 13.467/2017, which came with the labor reform in Brazil, using as a general objective: to verify the existence of a control of conventionality on the articles 611-A, XII and 394-A of the CLT as a form of protection mechanism to maternity, with two specific objectives guiding: classify work in an unhealthy environment and its reflexes on the right to health of pregnant women and infants; and to understand how the control of conventionality can serve as guardianship to motherhood. The logical-deductive method of research was adopted as a research method, taking a bibliographical and jurisprudential survey, also analyzing the legislation in force in the country, the norms of the Ministry of Labor and Employment that are necessary, and especially the conventions and treaties of the ILO. In the end, it was observed that the country lives in an outdated system of health monetization where workers are exposed to an unhealthy environment, compensating with the additional, which already admits the harmful exposure to health, and more so if the pregnant woman is a control of conventionality rejects such articles.

Keywords: International labor law. Conventional control. Managing woman work.

1. Introdução

Desde os primórdios da humanidade havia distinções de trabalho de acordo com as diferenças biológicas que existem entre o sexo masculino e o feminino. Na sociedade primitiva, enquanto os homens eram responsáveis pela caça e a pesca, as mulheres coletavam os frutos e cultivavam a terra. A medida que a sociedade foi evoluindo, a mulher passou a perder cada vez mais seu espaço, e muita das atividades que realizavam foram retiradas de sua responsabilidade, sendo reduzido a responsabilidade apenas pelo trabalho doméstico na época do Renascimento.

Tentando reconquistar seus espaços, não por questões filosóficas, mas por necessidade, muitas mulheres, durante a Revolução Industrial, no século XIX, passaram a ocupar espaços nas fábricas, porém, eram classificadas como “meias-forças”, assim como o trabalhador menor, recebiam uma remuneração inferior à do trabalho do sexo masculino. E foi durante esse período que diversos movimentos surgiram, tanto em defesa do trabalhador, devido as condições de trabalho, como também lutas por participação femininas na sociedade.

É a partir dessa linha cronológica de acontecimentos que se vê a necessidade de proteger o trabalho da mulher, e a sua condição fisiológica e biológica própria, partindo dessa mentalidade que a maternidade passou a ser tema protegido, primeiramente, pelas Organizações Internacionais do Trabalho (OIT) em sua convenção n. 103, ratificado em 1965, e também pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) em seu art. 6º³. Tais normas, possuem superioridade diante das legislações ordinárias, estabelecendo um determinado tipo de controle para que estas leis possam manter o pensamento original de sua norma constitucional e, também, das normas convencionais que o país seja signatário.

Com o advento da reforma trabalhista no país pela Lei n. 13.467/2017, muitas mudanças foram inseridas na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) e uma delas foi a da norma que versa sobre o trabalho das mulheres gestantes e lactantes em ambientes insalubres, que é tratado pelo art. 394-A⁴, e também sobre a possibilidade de se realizar acordos e convenções coletivas do trabalho sobre o enquadramento do grau de insalubridade, conforme o art. 611-A, XII⁵.

O que se verifica são duas normas que conflitam com as normas supraleais da OIT, que sugeriram justamente durante as lutas trabalhistas da Revolução Industrial para se buscar melhores condições de trabalho. E é partindo desses conflitos que se busca questionar no presente trabalho se: *o controle de convencionalidade dos art. 611-A, XII e 394-A da CLT pode servir como mecanismo de proteção à maternidade?*

Assim como a Constituição estabelece controle sobre as legislações inferiores, os tratados e convenções no qual o Brasil é signatário deveriam estabelecer controle também sobre estas legislações, pois o que se entende é que se o país ratifica a convenção está concordando em aplicá-la dentro de seu país, e não são normas fora da realidade cultural e social a que se encontra, elas versam,

³ Art. 6º, CF: 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.

⁴ Art. 394-A, CLT: Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de:

I - Atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação;

II - Atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação;

III - atividades consideradas insalubres em qualquer grau, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação.

⁵ Art. 611-A, CLT: A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

XII - enquadramento do grau de insalubridade;

antes de qualquer ponto, sobre direitos humanos. Quando se trata sobre o condições de trabalho e gestação, está se discutindo, acima de tudo, sobre direitos inerentes aos seres humanos, é por esses fatores que o presente trabalho busca verificar a existência de um controle de convencionalidade sobre os art. 611-A, XII e 394-A da CLT como forma de mecanismo de proteção à maternidade.

A fim de responder a problemática, dois pontos são norteadores para dá enfoque a pesquisa: classificar o trabalho em ambiente insalubre e seus reflexos no direito à saúde da gestante e da lactante, bem como compreender como o controle de convencionalidade pode servir de tutela à maternidade.

Para a elaboração da presente pesquisa, adotou-se o método lógico-dedutivo, buscando apresentar premissas concretas para chegar à conclusão, que é a resposta da problemática. Para se obter os resultados se utilizou de levantamento bibliográfica e jurisprudencial, analisando também a legislação vigente no país, as normas de Ministério do Trabalho e Emprego que sejam necessárias, e principalmente as convenções e tratados da OIT.

E é tendo essa matéria de garantia constitucional de direito fundamental, e de direito internacional pelo órgão da OIT, além de ser amplamente defendido como matéria de direitos humanos, é que se busca uma forma de interpretar a norma atual à luz dessas disciplinas para compreender como sua aplicação viola diversos níveis de controles supraleais. Sendo o artigo, então, dividido em três principais tópicos, que discute: primeiramente, a proteção jurídica ao trabalho da empregada gestante, logo em seguida analisa-se o trabalho em ambiente insalubre com suas repercussões à saúde da gestante e lactante, e, por último, o controle de convencionalidade na Lei n. 13.467.

2. A proteção jurídica ao trabalho da empregada gestante

A participação da mulher no direito sempre foi marcada por uma história de ausência, subordinada a figura paterna ou ao de seu cônjuge, sem autonomia e definida por incapacidades jurídicas, é assim que Pereira (2004, p. 101) define, como sendo um não-lugar. A situação jurídica da figura feminina se perdurou assim por muitos anos, no Brasil foram necessários cerca de 462 anos para que a mulher deixasse de ser considerada relativamente incapaz pelo Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/62) e mais alguns anos para que se consumasse a igualdade de direitos e deveres pela Constituição Federal de 1988.

Sem voz e com a participação ceceada, foi durante o século XIX, na Revolução Industrial, juntamente com os movimentos trabalhistas que reivindicavam melhores condições de trabalho, que as mulheres passaram a buscar seu lugar, sua própria voz. Foram inúmeros movimentos que surgiram à época para reclamar situações de desigualdades que vão desde as condições sub-humanas que os trabalhadores passavam, até o cerceamento da participação da mulher em inúmeros setores da sociedade. Foi nesse contexto que a OIT foi fundada, em 1919, para criar uma estrutura internacional buscando apaziguar as diferenças de interesses entre os trabalhadores e empregadores.

Buscando proteger o trabalho da mulher é que a OIT, dentro desse contexto de lutas por igualdade, passou a assumir dois perfis segundo Barros (2016, p. 705): um deles sendo de caráter tutelar e o outro que busca a necessidade de se atribuir às mulheres igualdade de remuneração, de oportunidade e de tratamento com os homens no trabalho. Focando no primeiro perfil, o de caráter tutelar disciplina-se sobre o ciclo gravídico-puerperal, e o segundo se trata sobre o trabalho das mulheres em atividades insalubres, perigosas e penosas. Essa foi a grande contribuição da OIT na legislação trabalhista brasileiro, que se refletiu inclusive no capítulo alusivo ao trabalho da mulher da CLT.

A intenção de proteger o trabalho da empregada gestante, não é visando apenas o direito da mulher é também uma proteção jurídica ao nascituro, o próprio ordenamento jurídico brasileiro adota a Teoria Concepcionista onde antes do nascimento, desde sua concepção o nascituro adquire personalidade jurídica, conforme o art. 2º⁶ do Código Civil (CC). Essa ideia já reflete o próprio texto constitucional, que no art. 5º, caput⁷, traz a inviolabilidade do direito à vida como preceito fundamental a ser protegido, assim a vida humana deve ser protegida, pois é objeto de direito personalíssimo (DINIZ, 2006, p 22-24).

Para a corrente Concepcionista, o nascituro tem direito reconhecido desde a concepção, adquiridor de personalidade jurídica formal que são aqueles relacionados aos direitos da personalidade, que segundo Tartuce (2018, p. 102) dividi em cinco grandes ícones: direito a vida e a integridade físico-psíquica; direito

⁶ art. 2º, CC: A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

⁷ art. 5º, caput, CF: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade,

ao nome; direito a imagem; direito a honra; e, direito a intimidade. Porém, ao se falar do nascituro, deve ser aplicado o direito da personalidade no que couber e nas circunstâncias próprias, de maneira ilustrativa há o caso julgado pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o Recurso Especial de n. 399.028/SP, que a morte paterna gerou *quantum* indenizatório, onde se considerou a impossibilidade ao nascituro do reconhecimento de seu pai em vida para fixação do *quantum*.

Por muito tempo, porém, a situação da maternidade foi usada como argumento para tirar da mulher o direito de trabalhar fora de casa, e por toda a história feminina, seu papel foi de dona do lar, o que vem se modificando desde a Revolução Industrial e suas drásticas mudanças na sociedade, juntamente com os períodos de guerra, essas mulheres não tinham mais a opção de ficar em casa, pois deviam sustentar seus filhos, e o próprio mercado precisava de cada vez mais mão-de-obra, e excluir metade da população não seria uma visão de mercado inteligente.

Apesar das necessidades do mercado, o trabalho da mulher sendo utilizado em larga escala, nunca se foi depositado o devido valor, nem remuneratório, onde recebia metade do valor que os trabalhadores do sexo masculino, como muitas vezes eram desprezadas pelas próprias condições biológicas e fisiológicas únicas e diferentes. Foi nesse contexto, que o trabalho da mulher, inevitavelmente, começou a ser cada vez mais demandado, e começaram a surgir novas discussões protetivas de teor humanísticos, pois além de proteger a mulher, deveriam viabilizar também proteção ao nascituro quando estivesse em situação de gestação.

O Brasil adotou diversas medidas assecutorio na constituição federal de 1988 como quando em seu art. 5º, inciso I⁸, proibiu a diferença de salário, de exercício de função e de critérios de admissão por motivos de sexo, estado civil, idade e cor, de forma que não mais seria possível distinguir uma mulher por sua possibilidade de engravidar. No art. 7º, inciso XVIII⁹ adota 120 dias de licença-maternidade, alongou-se de 90 dias, sem prejuízo de emprego e do salário, incluindo-se inclusive as empregadas domésticas, avulsas e rurais. (PRONI, 2012, p. 24)

⁸ Art. 5º, inciso I, CF: I – Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

⁹ Art. 7º, CF: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

Fazendo uma análise sobre essa situação é que Calil (2007, p. 58) escreve que apesar do tempo e da evolução histórica ainda se defende que a contratação da mulher em idade reprodutiva ou recém-casada seja um empecilho, porém esse argumento já é ultrapassado, visto que é o próprio poder público que arca integralmente com os encargos do salário-maternidade, de forma que o que se existe por trás de quem defende a dita tese nada mais é do que preconceito mascarado.

E foi devido a todas essas circunstâncias que a OIT começou a desenvolver convenções que tratassem sobre o trabalho da mulher e a maternidade, surgindo primeiramente a Convenção de n. 3, que posteriormente foi revista pela de n. 103, ambas ratificadas no Brasil à época, sendo a última em 1965. Na legislação brasileira, muito se foi criado na CLT para proteger a empregada gestante, refletindo os ideais das convenções ratificadas, que trouxe, dentre inúmeros pontos, a necessidade de licença-maternidade e estabilidade de emprego.

A licença-maternidade, na Constituição Federal, não especificou quantos dias será concedido antes ou depois do parto, o que permitiu que as legislações ordinárias pudessem prever sobre como seria tal distribuição, assim o art. 392, § 1º¹⁰, da CLT dispôs que a empregada poderá retirar a licença entre 28 dias antes do parto, desfrutando da maneira que achar mais conveniente. Normas que tratam da proteção à maternidade são imperativas, insuscetíveis de disponibilidade, como bem ressalta Barros (2016, p. 714), não sendo permitido, nem mesmo com o consentimento da empregada gestante, que seja negociado o trabalho durante a licença, sob pena de o empregador arcar com o pagamento do salário relativo à prestação de serviços, e sujeitar-se à penalidade administrativa.

A convenção de n. 103 também traz, em seu teor, a independência do estado civil da mulher e tampouco condiciona o nascimento com vida ao direito à licença-maternidade, já que a gestação ocasiona à mulher inúmeros transtornos físicos naturais e até mesmo psíquicos. Assim, o fato de a criança ter falecido não elide a pretensão, e o fato de o legislador não distinguir a situação, não caberá ao intérprete da lei assim o fazer. (BARROS, 2016, p. 714-715)

¹⁰ Art. 392, CLT: A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário. (Redação dada pela Lei nº 10.421, 15.4.2002)

§ 1º A empregada deve, mediante atestado médico, notificar o seu empregador da data do início do afastamento do emprego, que poderá ocorrer entre o 28º (vigésimo oitavo) dia antes do parto e ocorrência deste.

A situação mencionada acima não é o equivalente ao aborto, pois nesse caso o que se tem é a interrupção da gravidez antes que o feto pudesse viver fora do útero, nesse caso referindo-se ao que ocorrer dos sete meses para trás. Nesse caso o art. 395¹¹ da CLT permite que a mulher, em caso de aborto não criminoso, os tipificados no art. 124¹² e 126¹³ do Código Penal, será concedido a gestante o direito a duas semanas de repouso, ficando seu emprego assegurado durante o período.

O ordenamento jurídico brasileiro, não visa só proteger a situação anterior e durante o parto, o art. 396¹⁴ da CLT também assegura a mulher em seu período de lactação a possibilidade de realiza-lo, quando disponibiliza pelos 6 meses após o nascimento da criança dois intervalos de 30 minutos cada, no decorrer do expediente. Pois, mesmo com a licença-maternidade de 120 dias, ainda será necessário que a mulher volte a trabalhar e ainda esteja em período de lactação, sendo de suma importância para a saúde e o desenvolvimento da criança.

E um dos pontos mais importantes sobre a proteção jurídica da empregada gestante, além das já mencionadas, é a estabilidade de emprego, com fundamento no art. 10, inciso II, alínea b do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)¹⁵, onde não se poderá ser dispensada sem justa causa, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Esse direito é irrenunciável, visto ser um direito do nascituro, não sendo permitido na legislação brasileira renunciar direito de terceiro, conforme o Tribunal Superior do Trabalho (TST) majoritariamente entende.

A estabilidade de emprego para empregada gestante é reconhecida, independente de o empregador alegar desconhecimento do estado de gravidez desta, além disso, caso seja descumprido, esta empregada poderá solicitar a reintegração ao emprego, quando a demissão ocorrer no período da estabilidade, ou

¹¹ Art. 395, CLT: Em caso de aborto não criminoso, comprovado por atestado médico oficial, a mulher terá um repouso remunerado de 2 (duas) semanas, ficando-lhe assegurado o direito de retornar à função que ocupava antes de seu afastamento.

¹² Art. 124, CP: Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque: Pena - detenção, de um a três anos.

¹³ Art. 126, CP: Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos. Parágrafo único.

¹⁴ Art. 396, CLT: Para amamentar seu filho, inclusive se advindo de adoção, até que este complete 6 (seis) meses de idade, a mulher terá direito, durante a jornada de trabalho, a 2 (dois) descansos especiais de meia hora cada um.

¹⁵ Art. 10, ADCT: Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da constituição:

II - Fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

b) Da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

a indenização, no caso de o período de reintegração ser ultrapassado ou o juiz julgar mais conveniente para a empregada. Tal estabilidade atingi até mesmo os contratos por prazos determinados, conforme menciona a Súmula 244 do TST¹⁶, ou em caso de a empregada está em período de aviso prévio, conforme o art. 391-A¹⁷ da CLT.

Vale salientar, que tal estabilidade apenas é possível para demissões sem justa causa, uma tentativa de evitar discriminações contra as mulheres em seu momento mais delicado, e que mais precisa de auxílio financeiro, além de ser uma proteção ao nascituro, como dispõe o próprio art. 391¹⁸, da CLT: Não constitui justo motivo para a rescisão do contrato de trabalho da mulher o fato de haver contraído matrimônio ou de encontrar-se em estado de gravidez.

Em síntese, refletindo as convenções da OIT, que nada mais é que o pensamento mais atualizado sobre o que há de direitos humanos aplicado aos direitos trabalhistas no âmbito internacional, o ordenamento jurídico brasileiro buscou inúmeras formas de proteger o trabalho da mulher, visando principalmente sua condição delicada de gestação, tendo em vista a importância de proteger as futuras gerações. Essa proteção jurídica não se refletirá apenas nos pontos já falados, que são as garantias de empregos, a licença maternidade, e a proteção a lactação, também deve-se discutir sobre a saúde dessa empregada em ambientes de trabalho que não são considerados propensos a sua condição.

Antes de adentrar profundamente no tema dessa pesquisa, é necessário trazer à tona um dos casos mais emblemáticos julgados pelo TST, em 8 de abril de 2013, conhecido como o “caso Shell-Basf”. A curiosidade desse caso se deve pela discussão sobre a proteção ao meio ambiente do trabalho e sua salubridade, onde resultou com a morte de, pelo menos, 60 trabalhadores, e na contaminação de 1.058 pessoas aproximadamente, nos arredores do local que foi amplamente contaminado por substância cancerígenas. (LUCENA FILHO; FRANCA FILHO, 2015, p. 109-124)

¹⁶ Súmula 244, TST: GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA

III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

¹⁷ Art. 391 - Não constitui justo motivo para a rescisão do contrato de trabalho da mulher o fato de haver contraído matrimônio ou de encontrar-se em estado de gravidez.

¹⁸ Art. 391-A. A confirmação do estado de gravidez advindo no curso do contrato de trabalho, ainda que durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado, garante à empregada gestante a estabilidade provisória prevista na alínea b do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Os dilemas enfrentados pela empresa iniciaram-se em 1971, quando a United States Environment Protection Agency (USEPA) procurou cancelar e suspender o registro e produtos agrotóxicos da categoria DRIN, que são inseticidas criados na década de 1940. Dois anos depois foi que a Shell reconheceu o potencial cancerígeno dos inseticidas utilizados, e, em 1975, baniram o uso e a comercialização nos Estados Unidos por meio de decisão judicial. (LUCENA FILHO; FRANCA FILHO, 2015, p. 109-124)

Porém, como bem se sabe, muitas empresas quando possuem a dificuldade de enfrentar a legislação de algum país, mudam-se para um outro onde possa obter uma flexibilização, e em 1974, a Shell do Brasil S. A. adquiriu uma área de 79 hectares, no município de Paulínia (SP), onde construiu uma unidade de produção e de formulação de agrotóxicos. Três fatores beneficiaram a empresa: o aumento da empregabilidade e dos níveis salariais da região, e a atuação do órgão ambiental do Estado de São Paulo que enquanto recebiam reclamações de incômodos e de poluições ambientais aumentavam, mais licenças para a formulação de herbicidas eram solicitadas. (LUCENA FILHO; FRANCA FILHO, 2015, p. 109-124)

O documentário “O lucro Acima da Vida”, que trata sobre o caso, julgado apenas em 2013, trata do período de operação da Shell-Basf entre os anos 80 e o início dos anos 2000, traz relevantes depoimentos sobre o descuido, de com inúmeros produtos químicos que fazem mal a saúde humana, e ainda, de diversos desrespeitos à saúde do trabalhador expostos a tal ambiente. Neste documentário é possível ouvir o depoimento de uma empregada, à época, que não conseguia engravidar, e quando conseguiu teve seu filho nascido com diversos problemas, e os laudos médicos apontam exatamente ao tipo de exposição a qual era submetida em ambiente insalubre.

Este emblemático caso serve de ilustração a temática de como uma mulher, em seu período de gestação torna-se vulnerável, e principalmente, como qualquer desregulação ambiental pode afetar de alguma forma seu filho, de forma que sua proteção jurídica no ordenamento, e principalmente no ambiente de trabalho, é impreterível que ocorra. E é em cima disso que se traz à tona a discussão sobre o controverso art. 394-A, da CLT, que em sua mais recente edição permitiu o trabalho de mulheres gestantes e lactantes em ambiente insalubre de graus baixos e médios, há não ser que o médico particular da mulher recomende o afastamento.

3. Trabalho em ambiente insalubre e a lei 13.467/17 – repercussão no direito à saúde da gestante

Antes de iniciar o estudo proposto pelo capítulo, é preciso fazer uma passagem sobre o direito à saúde elencado no art. 6º¹⁹ da Constituição Federal como um dos direitos sociais garantidores ao cidadão como dever do Estado. Ressalta o constitucionalista Lenza (2016, p. 1299) que o direito à saúde além da função assecuratória do Estado, também possui como relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo sobre o poder público a regulamentação, fiscalização e controle de modo a garantir a eficácia do direito.

Segundo o relatório final da 8ª Conferência de Saúde, realizado em 1986, abrange-se o sentido de saúde como a resultante de condições de alimentação, habitações, educação, renda, meio ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso a serviços de saúde. Assim o Direito à saúde pode ser compreendido como uma garantia, pelo Estado, de condições dignas de vida e acesso a ações e serviços de promoção, proteção e recuperação de saúde.

Mas a realidade do Brasil se esquece do direito à saúde, ou talvez apenas restrinja-a ao conceito de “hospital para todos”, de forma que quando se trata do ambiente laboral enfrentamos o fato de crescentes lesões, doenças e mortes em decorrência do serviço prestado. A própria OIT vem aplicando o direito à saúde de forma extensiva ao direito trabalhista, na convenção n. 187 disciplinou-se o desenvolvimento de uma política para implementação da segurança e saúde no trabalho.

Conceitua-se a dignificação do trabalho como decorrente do direito à saúde do trabalhador, pois é a valorização do trabalho que deve ser objeto de tutela jurídica. Assim a preocupação com o meio ambiente e a busca da qualidade de vida tem ganhado espaço na discussão sobre proteção ao trabalhador, pois a doutrina juslaborista entende que a maior parte da vida do homem é composta do ambiente trabalhista, de forma que se esse ambiente irá definir inclusive o estilo de vida do trabalhador, as condições de saúde, interferirá até sua vida pessoal, a aparência e

¹⁹ Art. 6º, CF: 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.

sua forma de se apresentar a outras pessoas, e em muitos casos, defini até a morte. (OLIVEIRA, 2011, p. 115-118)

Ao se falar de trabalho em ambiente insalubre, se fala de um local em que o trabalhador será exposto a agente que podem afetar ou causar danos à saúde, provocando doença, de forma resumida é o trabalho não salubre ou não saudável. É o art. 189²⁰ da CLT que trás a definição ressaltando que será o trabalho que “exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados”, e definidos pelo art. 190²¹ da CLT que o Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) deverá aprovar um quadro com os agentes insalubres.

Aprovado pelo MTE a portaria n. 3.214/1978 foi responsável por listar todos os agentes nocivos à saúde segundo a Norma Regulamentadora de n. 15 (NR-15), nele se dividem em três grupos: agentes físicos, agentes químicos e agente biológicos. E, desde 1940, na era Vargas, que foi instituído que sobre o ambiente insalubre deveria conter a porcentagem de adicional ao salário, podendo ser acrescido de 40% em grau máximo, 20% em grau intermediário, e de 10% em grau mínimo de insalubridade, sendo vedada a acumulação de adicionais para aqueles trabalhadores expostos a mais de um grau receberá sempre o maior adicional. (OLIVEIRA, 2011, p. 166-168)

Pereira (2017, p. 46) menciona que o ideal seria que o ambiente de trabalho fosse sempre saudável e seguro para o trabalhador, de forma que preservasse a saúde física e mental, e proporcionasse bem-estar e segurança, é o que o art. 157 da CLT também incumbi como dever do empregador: cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho, bem como instruir o empregado quanto as formas adequadas de se precaver a acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais. Entretanto, nem sempre é possível garantir um ambiente salubre e seguro ao trabalhador em sua totalidade.

A realização de trabalho em condições prejudiciais à saúde (insalubres) ou que coloquem em risco a integridade física do trabalhador (perigosas) é definido pelo legislador como atenuar essas condições, podendo ele escolher entre as

²⁰ Art. 189, CLT: Serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos.

²¹ Art. 190, CLT: 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.

seguintes formas: I) aumentar a remuneração para compensar o maior desgaste do trabalhador; II) reduzir a duração da jornada, e III) proibir o trabalho. Sendo o último a alternativa ideal, porém, nem sempre possível. No Brasil, como já mencionado, é adotado o adicional na remuneração do trabalhador, classificado pela doutrina como a monetização da saúde, onde se compensa o empregador pecuniariamente pelos possíveis danos a que ele está sujeito por força do trabalho, funciona, literalmente, como a venda da saúde ou de parte dela. (OLIVEIRA, 2011, p. 129)

Com o avanço da sociedade, vem se ganhando destaque a defesa da segunda corrente, pois é a saída mais coerente e ética da questão, uma forma de transformar o adicional monetário em repouso adicional. Oliveira (2011, p. 132) afirma que o adicional de insalubridade tem funcionado para anestesiar a luta por melhores condições de trabalho, fazendo com que o trabalhador e seu pensamento imediatista, de forma inconscientemente, tem receio de que o agente agressivo seja eliminado, trazendo a perda da vantagem financeira e a possibilidade de se aposentar mais rápido do serviço.

Pereira (2017, p. 46) traz em sua dissertação alguns países exemplos que já adotaram a segunda corrente em sua legislação, são eles: a Argentina (artigo 200 da Lei 20.744/1976), o Paraguai (artigo 198 da Lei 213/1993) e o Uruguai (artigo 1º da Lei 11.577/1950), países que compõem, junto com o Brasil, o MERCOSUL (Mercado Comum do Sul) que optaram pela opção de reduzir com a jornada de trabalho dos empregados expostos a atividades insalubres, sem a diminuição do salário.

O que pode se observar é que o direito brasileiro tem caminhado pela valorização de uma reparação monetária no lugar de buscar mecanismos mais adequado para prevenir que as condições agressivas do trabalho sejam maiores do que já o são. E essa mentalidade do legislador brasileiro vem aumentando até a atual reforma trabalhista, advinda da lei n. 13.467/17, que dentre as diversas mudanças, permitiu, segundo o art. 611-A, inciso XII, que os acordos e convenções coletivas possam realizar novo enquadramento, tirando a obrigatoriedade de o MTE regulamentar o adicional de insalubridade.

O art. 394-A da CLT foi inicialmente inserido pela lei n. 13.287/2016, muito diferentemente da redação atual, a intenção era proibir o trabalho da mulher gestante e lactante do trabalho em atividades, operações ou locais insalubres. O projeto de lei, amplamente discutido à época, queria além de proibir o trabalho da

mulher nessas condições em ambiente insalubre, como também manter o adicional de insalubridade, porém, a presidente Dilma Rousseff, vetou parcialmente a lei, obtendo a redação final de: “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”.

Em pouco tempo de sua sanção e da ampla discussão do congresso que realizou a aprovação da lei, ela foi modificada, praticamente 1 ano depois, pela lei n. 13.467/17, que inseriu a reforma trabalhista na CLT, na qual a redação já foi discutida aqui, mas que de forma sucinta permite o trabalho da mulher gestante e lactante em ambiente insalubre nas condições em grau baixo e médio. Trouxeram, então, a mulher grávida de volta ao trabalho insalubre, o que retornou novamente ao risco já discutido sobre a saúde do nascituro, que deveria ser protegido pela própria Constituição Federal quando se garante o direito à vida, e que novamente perpassa pelo direito à saúde que deveria ser tutela jurídica do direito laborista.

Antes de discutir a aplicabilidade, deve-se destacar o que a NR-15 trata como atividades e operações insalubre, no qual trouxe 14 anexos no total. Estabelecem como atividades insalubres os desenvolvidos acima dos limites de tolerância previstos como: ruído contínuo ou intermitente (Anexo 1), ruídos de impacto (Anexo 2), exposição ao calor (Anexo 3), radiação ionizantes (Anexo 5) agentes químicos cujo a insalubridade por limite de tolerância e inspeção no local de trabalho (Anexo 11), e poeiras minerais (Anexo 12).

Quanto as atividades e agentes específicos têm-se: trabalho em condições hiperbáricas (Anexo 6), agentes químicos (Anexo 13) e agentes biológicos (Anexo 14). E, por último, o grupo em que os agentes nocivos torna o trabalho insalubre que devem ser comprovados através de laudo de inspeção do local de trabalho: radiação não ionizantes (Anexo 7), vibração (Anexo 8), frio (Anexo 9) e Umidade (Anexo 10).

A dissertação de Pereira (2017, p. 67) traz a análise aprofundada sobre a edição anterior do Art. 394-A da Lei n. 13.287/2016 que deve ser ressaltado na presente pesquisa. Primeiramente deve ser esclarecido que a busca do artigo anteriormente era respaldado na proteção a vida e à saúde física e mental do nascituro, visto que o trabalho em ambiente insalubre, como já discutido, pode apresentar graves danos ao feto e à criança, além de proteger essas condições também na trabalhadora gestante, distintamente da atual redação do artigo que não buscou se preocupar com o ponto frágil da relação trabalhista: a trabalhadora.

Porém, dentre diversas críticas que Pereira (2017, p. 67-70) destaca-se o fato de o legislador não ter distinguido os efeitos dos agentes nocivos constantes nos Anexos da NR-15, isto, pois, alguns agentes podem realmente não serem completamente agressivos a saúde da gestante e de seu bebê como é o caso de ruídos contínuos ou intermitentes, dependente do grau, ou poderá ser nocivo em qualquer grau no caso de radiações ou agentes biológicos. Mesmo na atual pretensão do art. 394-A da CLT é um fator que vale ser destacado, já que a intensão atual do legislador generalizou o ambiente insalubre para todos os agentes dispostos na NR-15, quando uma distinção entre eles, desde a redação anterior, poderia ter sido uma medida muito mais viável.

Há também uma preocupação, desde a introdução dessa norma pela lei anterior, quanto a “masculinização” do trabalho, já que pode influenciar o empregador que tenha atividades voltadas ao ambiente insalubre tente excluir da contratação mulheres em idade fértil, de forma que busquem preferencialmente a contratação trabalhadores do sexo masculino. Não pode-se dizer que houve uma cessação dessa preocupação, já que o trabalho da mulher em si tende a ser discriminado, a muito tempo, já que precisa de atenções especiais devido as condições inerentes ao seu sexo, e que o único jeito de resolver a situação é a mudança de mentalidade da própria sociedade, porém a nova edição pode ter reduzido a preocupação do empregador. (PEREIRA, 2017, p. 42 e 68)

Outro ponto grave quanto a aplicação das normas legais, provando-se a partir da própria jurisprudência laborista, é a não obediência do empregador, que se nega a transferir a empregada de função mesmo em caso que claramente apresenta risco a gestação. Uma forma de ilustrar é o acórdão proferido pela 6ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, sob processo de n. 0000565-73.2011.5.03.0129, julgado em 2012 pelo juiz Relator José Marlon de Freitas, processo que caracterizou assédio moral do empregador em face de sua empregadora gestante, fato anterior a existência do art. 394-A da CLT.

O acórdão proferido tem declarado em seu inteiro teor a alegação do superior hierárquico que nomeou de “frescura de mulher” o pedido da empregada gestante, que mesmo na posse de atestados médicos, teve recusado a solicitação para mudar de setor, para a operação de máquinas onde “somente deveriam trabalhar homens”, já que o trabalho que realizava exigia esforços físicos e carregamento de pesos e estava sendo prejudicial a sua gravidez. A solicitação do

pedido só passou a ser realizado após uma discussão com o seu superior hierárquico que culminou em um quadro nervoso da autora, que veio a sofrer hemorragia e fora encaminhada ao hospital local, onde o médico particular da autora ofereceu atestado com o diagnóstico de gravidez de alto risco, de forma que obteve sua transferência a outro setor.

A perícia realizada no caso ainda constatou que a empregada gestante ainda trabalhava exposta a agentes insalubres: químicos (solventes) e físicos (calor), e não utilizava o Equipamento de Proteção Individual (EPI) necessário para o desempenho das atividades.

O que pode constatar é que o atual art. 394-A não pensou na saúde da empregada gestante, muito menos na “masculinização” de certas funções, pois se esse fosse o foco teria maneiras mais contundentes de se resolver, a começar com inúmeras distinções dos agentes nocivos da NR-15, de forma a poder permitir até o trabalho dessa empregada de acordo com o agente a qual estará exposta. Outro ponto que seria de suma importância se fosse revisto pelo sistema brasileiro é a monetização da saúde, a adoção da redução da carga horária com manutenção do salário, sem a aplicação de um adicional, é vista como a solução mais viável e saudável para o trabalhador, e se esse fosse o nosso sistema, o art. 394-A seria considerado mais razoável sua aplicação, não como está sendo feito.

Outro ponto crítico é a aplicação do art. 611-A, inciso XII, que adveio com a lei n. 13.467/17 que permite que Acordos e Convenções coletivas possam negociar o enquadramento da insalubridade, função que anteriormente cabia apenas ao MTE, o que atinge diretamente a aplicação do art. 394-A, atingindo as mulheres gestante e lactantes, que não deveriam poder trabalhar em ambiente de máximo grau de insalubridade, mas com a possibilidade de novo enquadramento, é passível de serem afetadas.

4. O controle de convencionalidade na lei 13.467/17: mecanismos de tutela à maternidade?

O controle de convencionalidade, como ressalta Leal e Alves (2017, p. 112) surgiu da observância das normas internacionais (pactos, tratados, convenções, acordos, dentre outros) de que o Estado faça parte, buscando dar efetividade diante da manifestação de vontade e seu natural comprimento por parte do signatário. A melhor forma de entender o significado do controle de convencionalidade é

começando pela explicação de Mazzuoli (2011, p. 13) que ressalta que a produção normativa possui um duplo limite vertical material: o 1º limite – a constituição e os tratados de direitos humanos, e o 2º limite – os tratados internacionais comuns em vigor no país.

Foi inserido essa nova espécie de controle por meio de uma Emenda Constitucional 45/2004 (“EC”), que acrescentou o art. 5º, § 3º da CF onde um tratado que venha a ser aprovado pelas duas casas legislativas com maioria qualificada (de três quintos, em duas votações em cada casa) para que o devido tratado tenha valor de emenda constitucional. Para Leal e Alves (2017, p. 113), além da conformidade à norma constitucionais, os atos legislativos, administrativos e judiciais devem confrontar-se também com às normas convencionais, as quais possuem status de normas materialmente constitucionais (Art. 5º, § 2º²² da CF) ou formalmente equivalentes à emendas constitucionais (Art. 5º, § 3º²³ da CF).

Assim, os tratados ratificados pelo Brasil, e que não sejam aprovadas pelas duas casas legislativas com maioria absoluta, terão valores supralegais, ou seja, valem mais do que a lei e menos que a constituição. Dessa forma, toda lei ordinária, para ser válida, deve contar com a dupla compatibilidade vertical material, devendo ser compatível com a constituição brasileira, conforme o controle de constitucionalidade, bem como com os tratados de direitos humanos em vigor no país, de acordo com o que prescreve o controle de convencionalidade. (GOMES, 2011, p. 14)

Entendendo o que é o controle de convencionalidade e como ele surgiu, é preciso entender como ele age dentro do ordenamento jurídico brasileiro, assim, pode-se falar, primeiramente, do *controle interno preventivo* de convencionalidade dos atos normativos que é realizado pelo Poder Legislativo, no momento em que recebe o projeto, com a análise pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) e a análise pelo plenário; depois passará pelo Poder Executivo com a possibilidade do veto. Além disso, é possível se inferir o *controle interno repressivo* concentrado e difuso de convencionalidade, que será estudado minuciosamente a seguir. (LEAL; ALVES, 2017, p. 114)

²² Art. 5º, § 2º, CF: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

²³ Art. 5º, § 3º, CF: Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

O *controle interno difuso* de convencionalidade é aplicado internamente pelo Poder Judiciário, por meio dos juízes e tribunais nacionais, em conformidade com os procedimentos previstos na ordem jurídica, confrontando-se a norma pátria às convenções internacionais de que o Estado seja parte, já que a inobservância às normas convencionais ou à interpretação dada pelos Tribunais internacionais responsáveis, poderá acarretar na responsabilização estatal. No Brasil, todo e qualquer juiz ou tribunal tem o dever, *ex officio*, de analisar a convencionalidade da norma interna, porém ainda é uma demanda muito tímida, o maior destaque é do TST, que vem apreciando a convencionalidade das normas pátrias frente às convenções da OIT. (LEAL; ALVES, 2017, p. 114-116)

Enquanto no *controle interno concentrado* de convencionalidade, deve ocorrer por meio da jurisdição constitucional brasileira, sendo apreciada por meio das ações de controle concentrado de constitucionalidade, como a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI ou ADO) e a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), assim, o Supremo Tribunal Federal (STF), ao analisar a questão constitucional deverá conjuntamente analisar a convencionalidade da norma atacada, por força do § 2º do art. 5º da CF. Vale ressaltar, entretanto, que não existe possibilidade de se propor ADI ou ADO com propósito de apreciar, por si só, a (in)convencionalidade da norma interna, apenas será possível nos casos em que houver a aprovação procedimental previsto no § 3º do art. 5º da CF, já que se terá a equivalência às emendas constitucionais. (LEAL; ALVES, 2017, p. 116)

Porém, entende Leal e Alves (2017, p. 117), que para se aferir a convencionalidade da norma infraconstitucional frente aos tratados internacionais anteriores à EC 45/2004, que inseriu o art. 5º, § 3º a CF, é possível que seja utilizado a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), ou seja, pode ser arguido de forma concentrada junto ao STF, por força do § 2º, art. 5º da CF, como forma de controle concentrado interno.

Para aplicar o controle de convencionalidade à justiça do trabalho é preciso compreender o direito internacional do trabalho como uma vertente dos direitos humanos, visto que a OIT assumiu o protagonismo internacional de direitos humanos aplicáveis às relações de trabalho, de forma que buscou garantir que empregados e empregadores sejam sujeitos de direitos. As diretrizes doutrinárias apontam o direito internacional do trabalho como instrumento de positivação de direitos humanos já que se aplica os princípios intrínsecos ao direito material laboral

interno, quais sejam: o princípio da melhoria das condições sociais; a vedação ao retrocesso social; e, o efeito *cliquet* e o da máxima efetividade das disposições constitucionais. (BOMFIM, 2017, p. 38-40)

Para que a máxima efetividade de direitos humanos seja atingida, dever ser sempre garantida por meio do diálogo entre a legislação interna e a internacional ratificada, implicando que seja postulado o critério regente no art. 5º, § 2º da CF, ou seja, se o Brasil estiver se comprometido com disposições internacionais, prevalecerá a mais protetora ao ser humano, conforme já foi mencionado, e deve compreender-se as convenções da OIT como uma dessas normas. (BOMFIM, 2017, p. 46)

A partir da discussão iniciada nesse capítulo, e tendo estudado as ações de controle concentrado de constitucionalidade como forma de controle interno concentrado também de convencionalidade, percebe-se que é possível manter uma tutela à maternidade frente a alteração do art. 394-A pela lei 13.467/17, mas como o processo funcionará a partir das convenções já existentes?

Com isso entra a análise da atual ADI 5938, proposta em 26 de abril de 2018 por meio da confederação nacional dos trabalhadores metalúrgicos, pede como medida cautelar que haja a suspensão da eficácia da expressão “quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento” constantes nos incisos II e III, do art. 394-A da CLT, e, que no mérito seja declarado inconstitucionalidade do artigo, atualmente o julgamento ainda está pendente no STF.

Dentre as teses de defesa apresentada pela confederação, ora requerente da ADI, cita-se a edição da Medida Provisória nº 808/2017 (“MP”), realizada pela Presidência da República, apenas 3 dias depois da vigência da lei 13.467/17, uma forma de reconhecer que houve diversas violações de direitos e garantias sociais dos trabalhadores, buscando apaziguar os conflitos, trazendo uma atenuação de inúmeros artigos da lei.

Dentre as alterações, a MP trouxe novo texto ao art. 394-A²⁴, no qual afastava as empregadas gestantes de quaisquer atividades, operações ou locais

²⁴ Art. 394-A, MP 808/2017: A empregada gestante será afastada, enquanto durar a gestação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres e exercerá suas atividades em local salubre, excluído, nesse caso, o pagamento de adicional de insalubridade.
§1º VETADO;

insalubres, para que exercessem suas atividades em local salubre, excluindo-se o adicional de insalubridade, porém em seu § 2º, permite que a empregada gestante continue trabalhando no ambiente insalubre de graus médios ou mínimos, mediante apresentação de atestados de saúde, por meio de médico particular da empregada gestante, e quanto as lactantes serão afastadas, apenas mediante atestado de saúde em qualquer grau de insalubridade. Ocorre que a vigência da MP se encerrou após 120 dias sem que houvesse a conversão em lei, voltando o art. 394-A a edição que foi estudando no decorrer da pesquisa.

Assim, a presente ADI ressalta que a atual redação, tanto estudado nos capítulos anteriores, submete as mulheres gestantes e lactantes a atividades consideradas insalubres, e ainda caberá a elas o ônus de justificar, por atestado médico, sua condição de vulnerabilidade, ponto que teria sido atenuado se a MP tivesse sido convertido em lei. O dispositivo estimula o trabalho insalubre das gestantes e lactantes, e conforme defende a confederação, as trabalhadoras de baixa renda e de pouca escolaridade deixarão de procurar um médico para continuar trabalhando em condições insalubres, e manter o adicional de insalubridade, de forma que comprometerá não só a sua saúde, mas também a do nascituro e dos recém nascidos, afetando o direito a vida e a saúde pregado pelo Estado brasileiro, violando flagrantemente a CF e também as convenções que o Brasil é signatário.

Os fundamentos jurídicos que ressalta que a mulher gestante e lactante não deve trabalhar em condições insalubres, independentemente do grau de insalubridade, encontram-se elencado pela Ementa do Enunciado 2 da Comissão 4 aprovado na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho que trata a autorização legal como inconstitucional e inconvenção, pois viola o direito da dignidade humana, a redução dos riscos inerentes ao trabalho, da proteção integral ao nascituro e à criança e do direito social à saúde. Reforça, ainda, que o meio ambiente do trabalho saudável é direito fundamental garantido pela Constituição, revestido de indisponibilidade absoluta.

§ 2º O exercício de atividades e operações insalubres em grau médio ou mínimo, pela gestante, somente será permitido quando ela, voluntariamente, apresentar atestado de saúde, emitido por médico de sua confiança, do sistema privado ou público de saúde, que autorize a sua permanência no exercício de suas atividades.

§ 3º A empregada lactante será afastada de atividades e operações consideradas insalubres em qualquer grau quando a apresentar atestado de saúde emitido por médico de sua confiança, do sistema privado ou público de saúde, que recomende o afastamento durante a lactação.

Existe uma clara violação a diversos artigos constitucionais, no qual é importante destacar em nossos estudos, o já falado art. 6º que garante às trabalhadoras o direito social a saúde, além disso o art. 7º, incisos XX e XXII²⁵, que elenca que a mulher terá garantia protecionista no mercado de trabalho, mediante incentivos específicos, bem como redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança, o qual a maternidade, momento mais sensível a vida da mulher, é veementemente afrontado.

Além disso, o art. 170²⁶ da CF, regra a matriz de ordem econômica do Estado Brasileiro, fundada na valorização do trabalho humano, e diz garantir que a todos seja assegurado uma existência digna, e em seu inciso VII, pugna pela redução das desigualdades regionais e sociais, e como ressalta a confederação na ADI 5938, o trabalho da gestante e lactante em atividades insalubres é uma forma de desvalorização do trabalho humano e da segurança de uma existência digna. Pelo mesmo argumento, afeta o preceito constitucional constante no art. 193²⁷ que ressalta o trabalho ser a base da ordem social, tem como objetivo o bem-estar e a justiça sociais, amplamente ameaçado pelo atual art. 394-A.

A constituição ainda trás como um dever inafastável do estado brasileiro de proteção à maternidade, em especial a gestante quando elenca no seu art. 201, inciso II²⁸, que trata sobre a organização da previdência social deverá atentar a essa proteção, e ainda o art. 203, inciso I²⁹, que trata da assistência social, independentemente de contribuição à seguridade social, possuindo como objetivo a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice.

²⁵ Art. 7º, CF: 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;

²⁶ Art. 170, CF: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

²⁷ Art. 193, CF: A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

²⁸ Art. 201, CF: A previdência social será organizada sob forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

II – Proteção à maternidade, especialmente à gestante;

²⁹ Art. 203, CF: A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I – A proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

Além disso, o art. 225³⁰ da constituição exalta que o meio ambiente ecologicamente equilibrado, de uso comum do povo, é essencial à uma qualidade de vida sadia, o que impõe ao Poder Público e à coletividade defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, tal violação é clara quando se obriga gestantes a trabalharem em locais insalubres, visto que, como já incansavelmente foi apresentado, nosso sistema de monetização da saúde afeta inclusive as futuras gerações que estão imposta a esse tipo de trabalho.

Em sede de Habeas Corpus 143641/SP (“HC”) o relator Ministro Ricardo Lewandowski citado pela ADI 5938, traz o Comitê para Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a mulher, incumbido de monitorar o cumprimento pelos Estados-parte da Convenção relativa aos Direitos das Mulheres, adotado pelas Nações Unidas (ONU) em 1979, na ocasião foi feita a primeira denúncia sobre mortalidade materna contra o Estado brasileiro. Na ocasião, sete recomendações foram feitas ao Brasil, dessas, cinco delas disseram respeito a políticas públicas de saúde, nos quais contém: assegurar o direito da mulher à maternidade saudável; realizar treinamento adequado de profissionais de saúde; reduzir as mortes maternas evitáveis; assegurar o acesso a remédios; e, assegurar que os serviços privados de saúde sigam padrões nacionais e internacionais sobre saúde reprodutiva.

Além desse ponto, a ADI também cita três convenções, incluídas também pelo Enunciado 2 da Comissão 4 aprovado na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, são eles, a convenção 103 da OIT ratificada pelo Brasil, que trata sobre garantias à maternidade, a convenção 183 da OIT, que é a modernização da de n. 103, apesar de não ratificada pelo país, é de bom tom citar visto se tratar de uma convenção que versa sobre os direitos humanos. Outra convenção de suma importância que deverá ser citada é a Declaração Universal de Direitos Humanos, também ratificada pelo país, em seu art. 25, incisos I e II³¹, versa

³⁰ Art. 225, CF: Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

³¹ Art. 25 da DUDH:

I – Todos os seres humanos têm direito a um padrão de vida capaz de assegurar a saúde e bem-estar de si mesmo e da sua família, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora do seu controle.

II – A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

sobre assegurar às famílias saúde e bem-estar, e também a maternidade e a infância os direitos a cuidados e assistências especiais.

A presente ADI, não só busca a inconstitucionalidade da lei perante as diversas violações constitucionais, de direitos e garantias de preceitos fundamentais, ela vai mais longe quando apresenta descumprimentos de tratados e convenções internacionais, ainda citando as recomendações feita ao Brasil pela ONU devido a denúncia sobre mortalidade materna, buscando assim que o STF realize um controle interno concentrado de convencionalidade, não apreciando somente os artigos constitucionais que estão sendo violados, mas também uma apreciação convencional, que como já foi visto, é perfeitamente possível perante o Art. 5º, § 2º da CF, onde as convenções possuem status materialmente constitucionais.

Muito além do que propõe a ADI, para questionar-se sobre o controle de convencionalidade do art. 364-A, da CLT, é preciso discutir também a liberdade negocial do art. 611-A, inciso XII, da CLT. A nota técnica n. 5 do Ministério Público do Trabalho (MPT) fazendo uma análise crítica sobre a lei n. 13.467/2017 mostra que com a inserção do art. 611-A da CLT trouxe as negociações coletivas um patamar mais elevado sobre o que é legislado, de forma que o rebaixamento dos patamares legais e indisponíveis de proteção em relação a toda e qualquer matéria, com a exceção do que é elencado pelo art. 611-B³² da CLT, que, segundo descreve o MPT, são direitos dos quais já estão elencados no art. 7º da CF.

Assim, a maior crítica do MPT é que a negociação coletiva, que foi um instrumento concebido para promover pacificação coletiva das relações de trabalho e a melhoria das condições de trabalho, trouxe uma forma rebaixar ou suprimir diversos direitos trabalhistas. Nessa análise encaixa claramente o art. 611-A, inciso XII, da CLT, que propõe que o enquadramento de insalubridade pode ser objeto de negociação, o que nada mais é do que uma típica supressão de direitos, e apesar de não está elencado na ADI, é um ponto bastante controvertido da atual legislação que prejudica as trabalhadoras gestantes e lactantes de qualquer empresa quando colocado em prática, se diminuído o grau da insalubridade.

³² Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos.

5. Conclusão

Ao final da pesquisa, é possível observar que o controle de convencionalidade sobre os art. 611-A, XII e 394-A da CLT é perfeitamente aplicado como forma de mecanismo de proteção à maternidade, visto que o STF utiliza-se de um controle interno concentrado que poderá ser aplicado na análise da ADI 5938, e além de questionar a inconstitucionalidade do art. 394-A, poderá ir mais além questionando a inconvenção desse artigo. Também poderá vir à tona a análise do art. 611-A, XII, visto que sua aplicação diretamente afeta as empregadas gestantes e lactantes quando propõe a possibilidade de um novo enquadramento do grau de insalubridade por parte do sindicato, sem que seja necessário um aval do MTE.

No decorrer da pesquisa muitos fatores problemáticos são apresentados sobre os artigos em análise, dentre elas a clara violação de garantias constitucionais, sendo eles, principalmente, ao direito a vida e o direito à saúde, visto que o trabalho em ambiente insalubre afeta a saúde não só da gestante, mas ainda mais a saúde e a vida das futuras gerações que são muito mais frágeis a mudanças ambientais e afetadas de inúmeras formas.

Deve-se citar ainda o sistema ultrapassado brasileiro de monetização da saúde do Brasil, que “compra” a saúde do trabalhador por meio do adicional de insalubridade, quando o correto deveria ser a redução da exposição ao ambiente, sem que fosse necessário aplicar um adicional, como adotada em diversos países, incluindo os vizinhos: Argentina, Uruguai e Paraguai. Além do adicional, outro compensatório desse sistema seria a aposentadoria ser concedida mais cedo, o que demonstra que o próprio sistema entende o quão prejudicial é o trabalho em ambiente insalubre e busca “negociar” com o trabalhador determinados fatores para se “compensar” o fato de ele estar vendendo sua saúde.

E dentro desse sistema ultrapassado, o artigo 394-A permite a exposição da mulher gestante e lactante de forma inconsequente a esse ambiente insalubre, sem nenhuma redução tempo de exposição ao agente nocivo. Sendo outro fator falho a ser mencionado a própria indistinção dos agentes nocivos, que se encontram detalhadamente na NR-15, já que cada um tem suas particularidades, e as indistinções faz com que uma trabalhadora gestante em ambiente com grau baixo de insalubridade devido a ruídos contínuos, consideram o mesmo agravo de se

estivesse exposta a agentes químicos também de grau baixo, quando o segundo pode afetar muito mais o próprio nascituro.

Retirar a obrigatoriedade do MTE em analisar o ambiente insalubre para novo enquadramento de insalubridade, permitindo que os próprios sindicatos negociem, seja por convenção coletiva ou acordo coletivo, e ainda mais, que prevaleça o negociado sobre o legislado, não se pensando na aplicação da lei mais benéfica, conforme a lei n. 13.467/2017, o art. 611-A, XII, poderá vir a prejudicar as mulheres gestante e lactantes, se for realizado um acordo que reduza o enquadramento do grau, retirando do máximo, para um menor, o que impõe que a mulher grávida possa trabalhar em um ambiente que não condiz com a realidade, sendo exposta a muito mais agentes nocivos.

Dessa forma, a pesquisa mostra inúmeras falhas dos artigos em questão, e ainda que o controle de convencionalidade, se devidamente aplicado, reprovava tais artigos, pois estes violam inúmeros princípios trabalhistas, e garantias fundamentais com teor de direitos humanos feita por convenções e tratados internacionais, nos quais o Brasil é signatário, e é isso que se espera que o STF, na análise da ADI 5938, possa aplicá-la, conjuntamente com o controle de constitucionalidade, apresentando a violação do artigo 394-A em inúmeros aspectos.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA. **Lei 20.744, de 13 de maio de 1976**. Disponível em: <<http://www.ilo.org/dyn/travail/docs/979/Ley%20N%C2%B0%2020.744.pdf>>. Acesso em: 23 setembro 2018.

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: LTr, 2011.

BRASIL. **ADI 5938**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5447065>>. Acesso em: 28 de outubro de 2018.

_____. **Art. 10, inciso II, alínea b do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=2134>>. Acesso em: 12 de setembro de 2018.

_____. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei nº 5.442, de 01.mai.1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 13 de setembro de 2018.

_____. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 de setembro de 2018.

_____. **Decreto Legislativo Nº 20, de 30 de abril de 1965**. Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_103.html>. Acesso em: 12 de setembro de 2018.

_____. **HC 143641/SP**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em: 02 de novembro de 2018.

_____. **Lei Nº 4.121, de 27 de agosto de 1962**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4121.htm>. Acesso em: 07 de setembro de 2018.

_____. **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: 06 de outubro de 2018.

_____. **Lei Nº 13. 467, de 13 de julho de 2017**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm>. Acesso em: 13 de setembro de 2018.

_____. **Medida Provisória 808/2017**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm>. Acesso em: 02 de novembro de 2018.

_____. **Norma Regulamentadora 15**. Disponível em: <<http://trabalho.gov.br/seguranca-e-saude-no-trabalho/normatizacao/normas-regulamentadoras/norma-regulamentadora-n-15-atividades-e-operacoes-insalubres>>. Acesso em 28 de setembro de 2018.

_____. **Nota Técnica n. 5, do Ministério Público do Trabalho**. Disponível em: <http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/publicacoes/notas-tecnicas/>. Acesso em: 07 de novembro de 2018.

BOMFIM, Brena Késsia Simplício do. **Controle de Convencionalidade na Justiça do Trabalho**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2017.

CALIL, Léa Elisa Silingowschi. **Direito do trabalho da mulher: a questão da igualdade jurídica ante a desigualdade fática**. São Paulo: LTr, 2007.

CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 8, 1986, Brasília, Anais. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf>. Acesso em: 05 de outubro de 2018.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DISTRITO FEDERAL. Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Recurso Especial de n. 399.028/SP. Publicado no “Diário de Justiça” em 15 de abril de 2002. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMG?seq=18388&nreg=200101473190&dt=20020415&formato=PDF>>. Acesso em: 07 de outubro de 2018.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris**. 10 dez. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 03 de novembro 2018.

ENUNCIADO n. 2, Comissão 4 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho. Disponível em: <<http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis2.asp?ComissaoSel=4>>. Acesso em: 03 de novembro de 2018.

JUBILUT, Liliana Lyra; LOPES, Rachel de Oliveira. Direitos Humanos e Vulnerabilidade em Juízo. In: LUCENA FILHO, Humberto Lima de; FRANCA FILHO, Marcilio Toscano. **O direito a um meio ambiente de trabalho salubre em juízo: O caso Shell/Basf**. São Paulo: Editora Universitária Leopoldianum, 2015. Parte II, Capítulo 1, p. 109-124.

GOMES, Luiz Flávio. Prefácio. In: MAZZUOLI, Valério Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

LEAL, M. C. H.; ALVES, F. D. O controle de convencionalidade e o Judiciário brasileiro: a sua aplicação pelo Tribunal Superior do Trabalho como forma de

proteger a dignidade da mão-de-obra (vedação de terceirização de atividade-fim) no case Carneiro Távora v. Telemar Norte Leste e Contax. *Revista de Investigações Constitucionais*. Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 109-128, jan./abr. 2017.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 20. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

MAZZUOLI, Valério Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MINAS GERAIS (Estado). Tribunal Regional do Trabalho da 3. Região. Recurso Ordinário n. 0000565-73.2011.5.03.0129. Juiz convocado Relator José Marlon, de Freitas. Publicado no “MG” de 17/12/2012. Disponível em: <<http://as1.trt3.jus.br/consulta/redireciona.htm?pIdAcordao=968458&acesso=06442c95132f8ca35e95179647a9d34b>>. Acesso em: 06 de outubro de 2018.

PEREIRA, Maria da Conceição Maia. **VISÃO CRÍTICA DO ARTIGO 394-A DA CLT: Proibição do trabalho da gestante ou lactante em ambiente insalubre**. 2017. 94f. Dissertação de pós-graduação – Universidade FUMEC, Belo Horizonte/MG. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/pdmd/article/view/5521>>. Acessado em: 07 de setembro de 2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. 2004. 157f. Tese de pós-graduação – Universidade Federal Do Paraná, Curitiba.

O LUCRO acima de tudo. Direção: Nic Nilson, Produção: Atesq (Associação dos Trabalhadores Expostos às Substâncias Químicas), Sindicato dos Químicos Unificados de Campinas e Região e Fetquim (Federação dos Trabalhadores do Ramo Químico do Estado de São Paulo). São Paulo (SP), 2014.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2010.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção 103, de 14 de julho de 1966**. Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_103.html>. Acesso em: 16 de setembro de 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção 187, de 31 de maio de 2006**. Disponível em: <http://www.gso.org.br/files/file_id266.pdf>. Acesso em: 05 de outubro de 2018.

_____. Convenção 103, de 1952. Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_103.html>. Acesso em: 23 de setembro de 2018.

_____. Convenção 183, de 15 de junho de 2002. Disponível em: <<https://sogi8.sogi.com.br/Arquivo/Modulo113.MRID109/Registro61528/conven%C3%A7%C3%A3o%20oit%20n%C2%BA%20183,%20de%2015-06-2000.pdf>>. Acesso em: 01 de novembro de 2018.

PARAGUAI. **Lei 213, de 29 de outubro de 1993**. Disponível em: <<http://www.mtess.gov.py/application/files/9914/3628/9949/ley213-93codigolaboral.pdf>>. Acesso em: 23 setembro 2018.

URUGUAI. **Lei 11.577, de 14 de outubro de 1950**. Disponível em: <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/leyes?Ly_Nro=11577&Searchtext=&Ly_fechaDePromulgacion%5Bmin%5D%5Bdate%5D=01-10-1950&Ly_fechaDePromulgacion%5Bmax%5D%5Bdate%5D=10-09-2016>. Acesso em: 23 setembro 2018.