



**FACULDADE DE INHUMAS
CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR DE INHUMAS**

CURSO DE DIREITO

NICOLLY FERNANDES SILVA

**O TRABALHO DA MULHER GESTANTE LACTANTE EM LOCAIS INSALUBRES E
A ANÁLISE DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA AÇÃO
DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5938/2019**

**INHUMAS-GO
2021**

NICOLLY FERNANDES SILVA

**O TRABALHO DA MULHER GESTANTE LACTANTE EM LOCAIS INSALUBRES E
A ANÁLISE DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA AÇÃO
DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5938/2019**

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da Faculdade de Inhumas (FACMAIS) como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Professor (a) orientador (a): Stefanie dos Santos Spezamiglio.

**INHUMAS – GO
2021**

NICOLLY FERNANDES SILVA

**O TRABALHO DA MULHER GESTANTE LACTANTE EM LOCAIS INSALUBRES E
A ANÁLISE DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA AÇÃO
DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5938/2019**

AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO DO(S) ALUNO(S)

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da Faculdade de Inhumas (FACMAIS) como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Inhumas, 16 de dezembro de 2021.

BANCA EXAMINADORA

Professora Stefanie dos Santos Spezamiglio – FacMais
(orientadora e presidente)

Professora Julyana Macedo – FacMais
(Membro)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

BIBLIOTECA FACMAIS

S586t

SILVA, Nicolly Fernandes

O TRABALHO DA MULHER GESTANTE LACTANTE EM LOCAIS INSALUBRES E A ANÁLISE DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5938/2019/Nicolly Fernandes Silva. – Inhumas: FacMais, 2021.

41.: il.

Orientador (a): Stefanie dos Santos Spezamiglio

Monografia (Graduação em Direito) - Centro de Educação Superior de Inhumas - FacMais, 2021.

Inclui bibliografia.

1. Ação Direta de Inconstitucionalidade; 2. Reforma trabalhista; 3. Dignidade da Pessoa Humana. I. Título.

CDU: 34

Dedico esta monografia aos meus pais, Wâner e Raquel, pois somente diante de todo amor e cuidado que me dedicaram, fui capaz de realizar o meu sonho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, pois sem suas infinitas bênçãos, seria impossível realizar este trabalho.

Agradeço, outra vez, aos meus pais, Wâner e Raquel e também ao meu namorado Fabrício que foram muito importantes na conclusão deste trabalho. A vocês, todo meu amor e gratidão.

Agradeço também a toda minha família que de forma direta ou indireta cooperaram para a produção desta monografia.

Agradeço à minha orientadora, a professora Stefanie Spezamiglio, que desenvolveu esta orientação de forma solícita, acrescentando de forma grandiosa na escolha do tema deste trabalho. Por fim, deixo registrado meus sinceros agradecimentos a este grande exemplo de profissional e de ser humano.

“Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade.”
Maurício Godinho Delgado.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade

CF - Constituição Federal

CLT - Consolidação das Leis Trabalhistas

MP - Medida Provisória

OIT - Organização Internacional do Trabalho

PL - Projeto de Lei

STF - Supremo Tribunal Federal

RESUMO

A Dignidade da Pessoa Humana enquanto princípio fundamental da nossa Constituição Federal de 1988, torna o ser humano o centro de todo o ordenamento jurídico. Não obstante, é notório que todos os preceitos legais estejam de acordo com a Carta Magna. O objetivo geral desta monografia é trazer de forma fundamentada as razões que foram imprescindíveis para a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5839 do Supremo Tribunal Federal. Ao longo da pesquisa, foi abordado o trabalho das mulheres gestantes e lactantes, bem como seus direitos e garantias Constitucionais. O trabalho desenvolvido propõe a análise sobre a assertiva do Supremo Tribunal Federal, no que tocante à decisão de inconstitucionalidade de dispositivos da Consolidação das Leis Trabalhistas, as quais estavam em desacordo com os princípios fundamentais, advindos da Reforma Trabalhista.

Palavras-chaves: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Reforma trabalhista. Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT

The Dignity of the Human Person as a fundamental principle of our Federal Constitution of 1988 makes the human being the center of the entire legal system. Nevertheless, it is clear that all legal precepts are in accordance with the Magna Carta. The general objective of this monograph is to present, in a well-founded way, the reasons that were essential for the Direct Action of Unconstitutionality nº 5839 of the Federal Supreme Court. Throughout the work, the work of pregnant and lactating women was addressed, as well as their rights and Constitutional guarantees. The developed work proposes an analysis of the Federal Supreme Court's assertion on the decision of unconstitutionality of provisions of the Consolidation of Labor Laws that were in disagreement with the fundamental principles arising from the Labor Reform.

Keywords: Direct Unconstitutionality Action. Labor reform. Dignity of human person.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 A REFORMA TRABALHISTA E O ARTIGO 394-A DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS TRABALHISTAS	13
1.1 Reforma Trabalhista - Lei nº 13467/2017	13
1.2 Redação do artigo 394-A da Consolidação das Leis Trabalhistas	15
1.3 Medida Provisória nº 808/2017	17
2 MÉRITO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5938/2019	14
2.1 Histórico e fundamentação da proposta da ADI nº 5938/2019	14
2.2 Análise dos argumentos contrários à tese da inconstitucionalidade	14
2.3 Análise dos argumentos favoráveis à tese da inconstitucionalidade	15
3 DECISÃO DA ADI Nº 5938/2019 EM ACORDO COM O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA	17
3.1 A Constituição Federal de 1988 e a proteção aos direitos fundamentais	17
3.2 Princípio da dignidade humana e os princípios norteadores do direito do trabalho na perspectiva da mulher gestante lactante	18
3.3 Análise da decisão da ADI nº 5938/2019 em acordo com o princípio da dignidade humana	19
CONSIDERAÇÕES FINAIS	20
REFERÊNCIAS	21

INTRODUÇÃO

O tema da presente pesquisa é a análise da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade do artigo 394-A, da Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT, o qual foi implementado pela lei 13.467/2017, trazendo a possibilidade da mulher gestante lactante trabalhar em locais considerados insalubres.

A partir de uma reflexão crítica à Reforma Trabalhista e diante da observação de vários princípios norteadores da Constituição Federal, como também do Direito do Trabalho, é possível observar inúmeras ofensas aos direitos fundamentais.

O Direito do Trabalho se apresenta como um conjunto de princípios, regras e normas jurídicas que visam disciplinar as relações entre empresários, trabalhadores e entidades sindicais que representam estes últimos. Ou seja, é ele quem regula o que pode ou não ser feito nas relações de trabalho (PIPEK, 2017).

No direito brasileiro, os princípios são fundamentos que servem de base para as normas. O doutrinador Maurício Godinho Delgado (2018) escreve que “o princípio traduz, de maneira geral, a noção de proposições fundamentais que se formam na consciência das pessoas e grupos sociais, a partir de certa realidade e que, após formadas, direcionam-se à compreensão, reprodução ou recriação dessa realidade”.

A Constituição Federal delimita esses princípios e as leis infraconstitucionais, para ilustrar, o Código Civil, Código Penal e a própria CLT, são subordinadas a esta Carta Magna, portanto, também incorporam esses princípios em sua redação.

Entre os princípios centrais que devem ser protegidos pela legislação trabalhista, é necessário destacar o Princípio da Dignidade Humana. Como Resende (2015) destaca em seu livro, “o ser humano é um fim em si mesmo, não podendo ser utilizado como meio para atingir determinado objetivo.” Sendo assim, qualquer intenção ou ato que visa suprimir o caráter de humanidade vai em desacordo a esse princípio.

Com esta linha de conceitos apresentados, as problematizações do objeto pesquisado ocorreram no sentido de entender o quanto seria prejudicial à gestante lactante, bem como para seus filhos a manutenção do artigo 394-A da CLT.

Ante o exposto, apresenta-se a hipótese da pesquisa, qual seja a análise da assertiva decisão pela inconstitucionalidade do artigo 394-A, pelo Supremo Tribunal Federal.

Ser mulher e participante ativa do mercado de trabalho, representa observar inúmeros aspectos, bem como o real oferecimento dos direitos garantidos em lei. Diante das informações que cotidianamente nos são apresentadas, o direito à proteção da maternidade se torna extremamente relevante.

Sabe-se que alguns dos direitos sobre a proteção à mulher em seu ambiente de trabalho teve sua real garantia, sob a promulgação da Consolidação das Leis Trabalhistas. Com as mudanças ocorridas no decurso do tempo, o estudo acadêmico do direito deve acompanhar essas modificações.

A Reforma Trabalhista modificou um dispositivo considerado extremamente importante. O artigo que recebeu nova redação regulava sobre o direito de mulheres gestantes e lactantes que se encontravam laborando em locais insalubres, serem transferidas de função.

Não somente este dispositivo, como também vários outros tiveram alterações que passaram a deixar o trabalhador brasileiro em desvantagem. Foi partindo dessa injustiça social que o interesse acerca do estudo dos direitos trabalhistas tornou possível a delimitação do tema escolhido para a análise neste trabalho.

Como já mencionado, a Constituição Federal tem como parâmetros ideológicos os princípios jurídicos. Quando algum dispositivo vai em contrariedade a essas determinações, temos a possibilidade da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Em razão da Lei 13.467/2017, comumente conhecida como Reforma Trabalhista, foi modificado o artigo 394-A da CLT. Nesta nova redação, se as mulheres que durante o período de gestação ou até mesmo durante a fase em que estivessem amamentando seus filhos fossem observadas perfazendo suas atividades laborais em locais insalubres, necessariamente, não precisavam ser transferidas de função, conforme o texto original da Lei 13.467/2017.

Ao analisar tal disposição comparada aos princípios ideológicos norteadores do trabalho, questiona-se: “A decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5938 foi adequada desde a perspectiva da dignidade das trabalhadoras e de seus filhos?”

Em vista do parâmetro traçado, constituiu-se como objetivo geral a análise da decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5938. Partindo desta diretriz, foram estabelecidos os seguintes objetivos específicos: Analisar a partir da Reforma Trabalhista, o artigo 394-A, CLT, objeto de análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade; Analisar a razão de ser da ADI nº 5938 e os

argumentos dos ministros do STF; Analisar se a decisão do Supremo Tribunal Federal pode ser considerada adequada sob o ponto de vista da dignidade das trabalhadoras e seus filhos.

Os referenciais teóricos que darão pistas da temática serão construídos com base nas leituras de Luís Roberto Barroso, Luciano Martinez, Fagner Sandes, Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado. As leituras dos trabalhos destes autores permitirá a percepção de um viés de análise que busca evidenciar a importância da garantia e da aplicação dos dispositivos.

Para o desenvolvimento do presente trabalho, foi utilizada a metodologia de pesquisa bibliográfica, com enfoque na lei e na doutrina, objetivando enfatizar a inconstitucionalidade do artigo 394-A da CLT, diante da ofensa aos princípios constitucionais.

O presente projeto estrutura-se em três capítulos. O primeiro retrata a análise dogmática da Lei nº 13467/2017, especificamente do artigo 394-A, CLT, bem como a contextualização histórica da Reforma Trabalhista e suas matérias prejudiciais ao trabalhador brasileiro.

O segundo capítulo apresenta o mérito e a razão de ser da ADI nº 5938. Para tanto, serão analisados os argumentos dos ministros do STF, expondo suas razões para o voto, sejam eles a favor ou contra. Por último, o terceiro capítulo analisará a decisão do Supremo Tribunal Federal, de acordo com o ponto de vista da dignidade das trabalhadoras e sua descendência.

1. A REFORMA TRABALHISTA E O ARTIGO 394-A DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS TRABALHISTAS

Este capítulo versa sobre a estruturação da reforma trabalhista e sobre a análise do novo texto do artigo 394-A da CLT. Para tal, a divisão será feita em três partes. A primeira parte tem o intuito de trazer um resumo sobre a reforma trabalhista, seu histórico e as principais ideias para a sua implementação. A segunda parte destaca a nova redação do artigo 394-A da CLT, comparada com o texto anterior à reforma. Por fim, o terceiro e último segmento evidencia a Medida Provisória - MP 808/2017 que agregou outras mudanças ao já mencionado artigo da CLT.

Em suas reflexões, este capítulo busca expor de forma clara os pontos relevantes de mudança, principalmente para as mulheres gestante lactantes, que foram implementados pela reforma trabalhista.

1.1 Reforma Trabalhista - Lei nº 13467/2017

A Lei nº 13467/2017, intitulada Reforma Trabalhista, teve sua origem no Projeto de Lei (PL) 6.787, que foi apresentado à Câmara dos Deputados pelo Poder Executivo em dezembro de 2016. O Projeto de Lei foi proposto pelo Ministro do Trabalho Ronaldo Nogueira, que pertencia ao governo do então presidente Michel Temer.

Inegavelmente, pode-se dizer que a conversão do PL em Lei, tal como a que conhecemos hoje foi célere, isto porque após transcorridos apenas seis meses da apresentação, houve então sua publicação, em julho de 2017.

Os principais pontos para a efetivação da reforma seriam o aumento do número de postos de trabalho e a formalização dos vínculos de trabalho no Brasil. A ideia que vigora para os movimentos que apoiavam a reforma seria que o Direito do Trabalho engessaria no mercado brasileiro, colocando os empresários em situações de desvantagem em relação à contratação, aumentando assim, a quantidade de trabalhadores em situação irregular.

O grande impasse foi o meio adotado para alcançar os referidos objetivos, bem como a elaboração de um grande conjunto de mudanças na legislação trabalhista que visam, em quase todo seu teor, cortar custos de forma direta ou indireta dos empresários na relação com os trabalhadores, como por exemplo: custos relacionados à contratação, remuneração, aos intervalos e deslocamentos, à saúde e segurança, à manutenção da força de trabalho, à dispensa e às consequências jurídicas do descumprimento da legislação.

No meio deste contexto, a Organização Internacional do Trabalho colocou o Brasil na lista dos casos considerados mais graves sobre suspeitas de violações de direitos trabalhistas. Conforme escrevem em seu livro acerca da Reforma Trabalhista, Maurício Godinho Delgado e Gabriela Delgado afirmam:

A reforma trabalhista implementada no Brasil por meio da Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, desponta por seu direcionamento claro em busca do retorno ao antigo papel do Direito na História como instrumento de exclusão, segregação e sedimentação da desigualdade entre as pessoas humanas e grupos sociais (DELGADO, DELGADO, 2017, p.39).

Ao observar a Lei da Reforma Trabalhista, constata-se que a mesma está dissociada das principais ideias das matrizes da Constituição Federal de 1988, tais como a concepção de Estado Democrático de Direito, a principiologia humanística e social constitucional, o conceito constitucional de direitos fundamentais da pessoa humana no campo justralhista e da compreensão constitucional do Direito como instrumento de civilização (DELGADO, DELGADO, 2017, p.40).

Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado (2017) fazem uma síntese relacionando os principais pontos contrários da Reforma diante do Direito Individual do Trabalho. Os principais pontos sintetizados pelos autores são: O manifesto desprezo à noção de centralidade da pessoa humana na ordem jurídica e na vida social.

A partir da Reforma, a dinâmica econômica se torna extremamente assimétrica quando se menciona a relação de poder existente entre empregador e empregado. Sobre essa questão, o Direito do Trabalho não busca mais democratizar essa relação, buscando parâmetros de igualdade, atenuando o poder empregatício e elevando as condições de vida e trabalho da pessoa humana (DELGADO, 2017).

1.2 Redação do artigo 394-A da Consolidação das Leis Trabalhistas

As leis infraconstitucionais devem seguir o que se encontra exposto na Constituição Federal, para que assim, nenhum de seus artigos, incisos e/ou até mesmo parágrafos se tornem inconstitucionais. Diante disso, a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT-Lei nº 5452/43) em sua adaptação ao texto constitucional, no que

se diz respeito à proteção do trabalho da mulher, introduziu um capítulo inteiro sobre o tema.

A CLT em observância aos princípios constitucionais de igualdade previstos nos artigos 5º, inciso I e artigo 7º, incisos XX e XXX da Constituição Federal, reservou em seu texto uma seção destinada a legislar sobre a proteção à maternidade.

Anterior à vigência da reforma trabalhista, era previsto no artigo 394-A a proibição do trabalho em condições insalubres por mulheres gestantes ou aquelas que estariam em período de amamentação, a seguir a antiga redação:

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 (BRASIL, 1940, s/p).

A lei nº 13467/2017 promoveu nova redação para o art. 394-A da CLT, alterando-lhe o seu caput e lhe inserindo os incisos I, II e III, além dos §2º e §3º. Quanto ao §1º, foi apenas renumerado do antigo parágrafo único, mas se mantendo vetado desde a sua origem (Lei nº 13.287, de 11/05/2016 - parágrafo único do art. 394-A vetado pela Presidência da República) efetuou significativas modificações para o referido artigo, como explicitado abaixo:

Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de:
I - atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação;
II - atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação;
III - atividades consideradas insalubres em qualquer grau, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação.

§ 1o

§ 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.

§ 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.” (NR) (BRASIL, 2017, s/p).

Diante do exposto, as principais alterações são: de acordo com o novo inciso I do art. 394-A, a lei faz uma escolha pelo afastamento obrigatório da mulher apenas em locais com insalubridade em grau máximo.

No inciso II do art. 394-A, nas situações de insalubridade em grau médio ou em grau mínimo, só ocorrerá esse afastamento quando a mulher optar por apresentar atestado de saúde, emitido por médico de sua confiança, recomendando assim o afastamento durante a gestação.

Conforme acrescenta o inciso III do art. 394-A da CLT, durante o período de amamentação, também poderá ser feito o afastamento da gestante. Para a realização, seria necessário que a empregada apresentasse atestado de saúde, emitido por médico de sua confiança, atestando assim, afastamento de atividades insalubres em qualquer grau.

É válido ressaltar que, diante de todas as três situações de afastamento sobre insalubridade em grau mínimo, médio ou máximo, o caput do artigo 394-A preserva a remuneração da gestante, incluindo seu adicional de insalubridade.

De acordo com o §2º do art. 394-A, cabe à empresa o pagamento do adicional de insalubridade à gestante lactante, sendo feito assim “compensação 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 serviços.”(DELGADO, DELGADO, 2017, p.150)

De acordo com a Lei da Reforma Trabalhista, mesmo o empregador realizando o pagamento desse adicional de insalubridade na folha de pagamento da gestante, o custo recairia sobre o INSS, tendo a oportunidade de ressarcimento conforme a Convenção nº 103, art. 4º, inciso 8, da OIT:

Art. IV — 1. Quando uma mulher se ausentar de seu trabalho em virtude dos dispositivos do art. 3 acima, ela tem direito a prestações em espécie e a assistência médica.

8. Em hipótese alguma, deve o empregador ser tido como pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas às mulheres que ele emprega (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1966, s/p).

Por fim, o §3º do art. 394-A da CLT esclarece duas hipóteses: a primeira preconiza que havendo possibilidade de afastamento da trabalhadora do local insalubre para exercício de suas atividades em local salubre na empresa, esta opção

prevalece - mantendo-se, como visto (caput do art. 394-A, CLT), de toda maneira, o pagamento do adicional de insalubridade. (DELGADO, DELGADO, 2017, p.151)

Todavia, não havendo a possibilidade desse local salubre ou da atividade da empregada ser enquadrada como insalubre, esta deverá ser plenamente afastada do trabalho, enquadrando-se a hipótese de “gravidez de risco”, ensejando, assim, a percepção de salário-maternidade, nos termos da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, durante todo o período de afastamento (DELGADO, DELGADO, 2017, p.151).

Em síntese, antes da reforma, mulheres gestantes ou lactantes estariam proibidas de trabalhar em lugares com condições insalubres e não haveria limite de tempo para a comunicação sobre gravidez à empresa.

Com a nova redação, fica determinado que as mulheres grávidas poderiam trabalhar em ambientes em grau de insalubridade baixo ou médio, apenas seriam afastadas diretamente de suas funções se estas forem desempenhadas em ambientes com grau alto de insalubridade.

1.3 Medida Provisória nº 808/2017

A Medida Provisória nº 808, de 14 de novembro de 2017 foi implementada com o objetivo de reparar as modificações trazidas pela Reforma Trabalhista. Foi nesse sentido que o afastamento da trabalhadora grávida de suas atividades em locais insalubres foi determinado, no entanto, seria excluída da remuneração o adicional de insalubridade.

Porém, a MP possibilitou ainda o exercício de atividades insalubres em grau médio ou mínimo pelas trabalhadoras gestantes que apresentarem atestado de saúde emitido por médico de sua confiança. O texto alterado pela MP passa a ser da seguinte forma:

Art. 394-A. 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.

§ 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 apresentar atestado de saúde emitido por médico de sua confiança, do sistema

privado ou público de saúde, que recomende o afastamento durante a lactação (BRASIL, 2017, s/p).

A Medida Provisória nº 808/2017, contudo, não teve sua conversão em lei, perdendo assim sua eficácia, em 23 de abril de 2018. A partir da data citada, retornou o texto da lei em que permitia o trabalho insalubre para gestantes e lactantes em graus médios e mínimos, independentemente da apresentação de atestado e, sem prejuízo do adicional respectivo.

2. MÉRITO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

O objetivo deste capítulo é apresentar a razão de ser da ADI nº 5839/2019. No primeiro momento serão apresentados os aspectos importantes sobre a fundamentação da ação, em seguida, serão expostos os argumentos contrários à

tese. E por fim, serão explanados os argumentos a favores utilizados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal durante o julgamento do mérito.

2.1 Histórico e fundamentação da proposta da ADI nº 5938/2019

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5839/2019 foi ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos e o relator da ADI foi o Ministro Alexandre de Moraes. Quase dois anos após a Reforma Trabalhista, especificamente em 29 de maio de 2019, o Supremo declarou inconstitucional a norma que permitia o trabalho em condições insalubres para gestantes e lactantes.

O plenário acompanhou o voto do Ministro Alexandre de Moraes, cuja permissão de trabalho insalubre para mulheres grávidas ou lactantes foi vedada, independentemente do grau de insalubridade, de 10 votos a 1, discordando apenas o Ministro Marco Aurélio.

Para a parte autora da ação, frente à citação do artigo 394-A da CLT, diz: “quando apresentar atestado de saúde emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento”, a proteção da mulher gestante lactante, a proteção da maternidade, como também a proteção do nascituro e do recém-nascido são feridos, uma vez que viola a dignidade da pessoa humana, bem como os valores sociais do trabalho e não possibilita a existência digna, desrespeitando o bem-estar e a justiça social, gerando grande desequilíbrio ao ambiente de trabalho e ocasionando o retrocesso social.

A insalubridade é preceituada pelo artigo 189 da CLT, considerada atividade ou operação que exponha o empregado a agentes nocivos à saúde, além dos limites estabelecidos de tolerância, determinado pela natureza, intensidade do agente e pelo tempo de exposição.

A Constituição Federal, em seu artigo 7º, §XXIII pontua que havendo a constatação de insalubridade, os trabalhadores que são expostos aos agentes nocivos, deverão receber um adicional em sua remuneração.

De acordo com Luciano Martinez (2019):

A identificação do agente nocivo, a indicação da natureza, das condições e dos métodos nocivos e o estabelecimento dos limites de tolerância cabem, por força de lei (art. 155, I, da CLT), ao Ministério do Trabalho. É ele quem aprova, mediante atos administrativos, o quadro

indicativo de atividades e de operações insalubres, sendo também o responsável pela adoção de normas sobre os critérios de caracterização da insalubridade, os limites de tolerância aos agentes agressivos, os meios de proteção e o tempo máximo de exposição do empregado a esses agentes.

Torna-se importante salientar que a exposição aos agentes insalubres pode ocasionar prejuízos à trabalhadora, razão pela qual se torna tão importante a efetiva proteção dos direitos fundamentais à vida e à segurança, bem como os direitos sociais de proteção à maternidade e à infância.

Na ementa da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5938, foram indicadas as seguintes violações de artigos dentre outros da Constituição Federal: 1º, III e IV; 6º; 7º, XXXIII; 170; 193; 196; 201, II; 203, I; 225.

2.2 - Análise dos argumentos contrários à tese da inconstitucionalidade

Como já mencionado, o único voto contrário, mediante a votação sobre a inconstitucionalidade do artigo 394-A da Consolidação das Leis Trabalhistas, foi do Ministro Marco Aurélio. O referido ministro, em todos os argumentos de seu voto, expôs que de acordo com seu entendimento, a Reforma Trabalhista não traria prejuízos para o caso em discussão.

Nesse ínterim, o ministro continuou alegando que deve ser assegurado o tratamento isonômico entre homens e mulheres, como é demonstrado a seguir: “Extraio da Constituição Federal princípio básico, que somente é afastável por ela, o do tratamento igualitário levando em conta os gêneros”.

Para sustentar sua linha de raciocínio, o Ministro Marco Aurélio, diz que a grande preocupação da Reforma era assegurar motivações para o mercado de trabalho, pontuando que a alteração seria para assegurar o trabalho da mulher gestante lactante diante do competitivo mercado de trabalho:

Nada surge, já diziam os antigos, sem causa. E houve motivação, Presidente, para a reforma trabalhista corrida. Essa motivação foi justamente - cogito, de um lado, da globalização - o impiedoso mercado de trabalho, com oferta excessiva de mão-de-obra e escassez de empregos. (ADI nº 5938/DF)

A diminuição de direitos, não é motivação para o mercado de trabalho. O empregado, diante do seu lado hipossuficiente na relação trabalhista não seria motivado, mas estaria sem suas garantias para um trabalho digno. Algumas significativas passagens dos argumentos do Ministro Marco Aurélio, com o enfoque principal referente à mulher, nota-se a seguir:

Toda visão alargada da proteção ao gênero feminino acaba prejudicando o próprio gênero feminino, tendo em vista a arregimentação de mão de obra e postura que passa a haver - e repito que a vida econômica é impiedosa - pelo tomador dos serviços. (ADI nº 5938/DF)

Neste sentido podemos observar a Lei nº 9.029/95, que exemplifica de maneira clara:

Art. 1º É proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal (BRASIL, 1995).

A mulher, antes das previsões expressas que garantiam seu trabalho de forma a resguardar o mínimo digno para sua inserção e permanência no mercado de trabalho, era considerada como uma parte não relevante no âmbito trabalhista.

O Ministro Marco Aurélio ainda complementou seu voto, dizendo:

A mulher precisa ser tutelada além do que se mostra razoável? Tutelada além do que é considerada a Lei das leis? Não, Presidente. A mulher deve ter liberdade, e liberdade em sentido maior.
(...)
O que apontei como um bem de gradação maior que é a liberdade, a liberdade da prestadora dos serviços diante do estado gravídico. (ADI nº 5938/DF)

A mulher gestante, diante de seu estado de vulnerabilidade, à circunstância de gerar outra vida, não deveria ser direcionada à mesma a necessidade de comprovação através de atestados médicos, nem submetê-la à preocupação excessiva alusiva à permanência no mercado de trabalho;

Para o ministro, o atestado médico de confiança da mulher não seria algo de difícil obtenção, e conforme seu argumento na votação:

Não é desarrazoada essa exigência, Presidente. E é muito fácil conseguir-se atestado médico.

(...)

Há uma situação, inclusive, que se verificou no Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, tendo em conta a indústria dos atestados médicos para ter-se o afastamento, em alguns dias, do serviço. (ADI nº 5938/DF)

Para o Ministro Marco Aurélio, a Reforma Trabalhista foi, de forma devida, motivada pelas circunstâncias desfavoráveis do mercado de trabalho e, por isso, está em plena harmonia, no caso em questão, com a Constituição Federal.

O ministro encerra dizendo:

Para concluir-se pela pecha de inconstitucionalidade, indispensável é que o conflito da norma com a Constituição Federal salte aos olhos, seja perceptível, seja robusto, à primeira visão. E repito: em preceito que encerra tão somente liberdade, liberdade da mulher prestadora dos serviços, no que prevista a possibilidade de afastamento do ambiente insalubre, em grau médio, se apresentado atestado médico, em outro que versa a questão da lactação, quanto a esse requisito para o afastamento, não há como assentar a inconstitucionalidade (ADI nº 5938/DF).

Ao entendimento do ministro, a conclusão pela inconstitucionalidade dos dispositivos e o conflito com as normas constitucionais deveria ser facilmente perceptível e evidente à primeira vista, o que não ocorre, de praxe. Fato é, tais argumentos foram os únicos em desfavor da declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos, sendo assim, vencidos pela maioria dos votos.

2.3 - Análise dos argumentos favoráveis à tese da inconstitucionalidade

O Ministro Alexandre de Moraes fundamentou sua decisão argumentando acerca da proteção da mulher grávida ou lactante como direito social protetivo. Ademais, argumentou que se trata, não apenas do direito da mulher, como também do nascituro ou recém-nascido. Em seu voto, o Ministro Alexandre escreve:

A proteção à maternidade e a integral proteção à criança são direitos irrenunciáveis e não podem ser afastados pelo desconhecimento, impossibilidade ou a própria negligência da gestante ou lactante em

juntar um atestado médico, sob pena de prejudicá-la e prejudicar o recém-nascido (ADI nº 5938/DF).

Outra importante consideração do Ministro Alexandre, amparando-se à luz da Constituição Federal, pontuou que o direito discutido na Ação Direta de Inconstitucionalidade é de dupla titularidade, conforme exposto a seguir:

A imprescindibilidade da máxima eficácia desse direito social proteção maternidade portanto também decorre da absoluta prioridade que o artigo no texto constitucional estabelece de integral proteção à criança inclusive o recém-nascido na presente hipótese temos o direito de dupla titularidade (ADI nº 5938/DF).

Por essa perspectiva, ao analisar o art. 227 da Constituição Federal, o dever de proteção da criança não cabe somente da família, mas também é de incumbência do Estado e da sociedade, ou seja, a responsabilidade também pertence à figura do empregador:

Art. 6º: São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

Desse modo, observa-se um ponto importante de diminuição de direitos: a retirada do adicional de insalubridade em seu salário, prejudicando a mulher, visto que deixariam de procurar um médico para continuarem trabalhando em condições nocivas, comprometendo também, a saúde dos nascituros e dos recém-nascidos.

Na própria ementa da ADI nº 5938, a necessidade da proteção ao lado mais vulnerável foi evidenciada:

O conjunto dos Direitos sociais foi consagrado constitucionalmente como uma das espécies de direitos fundamentais, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado Democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal (ADI nº 5938/DF).

Em plenário, foi exposta a probabilidade de que as trabalhadoras consideradas de baixa renda continuariam a trabalhar em locais expostos a agentes

nocivos, uma vez que acarretaria ônus para atender a exigência do artigo 394-A da CLT. Em outra parte de seu voto, Alexandre de Moraes retoma essa ideia:

A inconstitucionalidade consiste no fato de as expressões impugnadas permitirem a exposição de empregadas grávidas e lactantes a trabalho em condições insalubres. Mesmo em situações de manifesto prejuízo à saúde da trabalhadora, por força do texto impugnado, será ônus desta a demonstração probatória e documental dessa circunstância, o que obviamente desfavorece a plena proteção do interesse constitucionalmente protegido, na medida em que sujeita a trabalhadora a maior embaraço para o exercício de seus direitos (ADI nº 5938/DF).

Delonga o Ministro Alexandre de Moraes em seu voto:

A determinação de afastamento automático apenas da gestante em grau máximo de insalubridade “contraria a jurisprudência da Corte que tutela os direitos da empregada gestante e lactante, do nascituro e do recém-nascido lactente, em quaisquer situações de risco ou gravame à sua saúde e bem-estar” (RE 629.053 E RE 1.058.333);

Diante das punições acerca do desrespeito contra a mulher, o Ministro pontua que:

Não procede o argumento *ad terrorem* de que a declaração de inconstitucionalidade poderia acarretar retração da participação da mulher no mercado de trabalho. Eventuais discriminações serão punidas nos termos da lei, e o próprio texto constitucional determina, de maneira impositiva, a proteção ao mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei’ (CF, art. 7º, XX). (ADI nº 5938/DF)

A Constituição Federal, em seu artigo 7º, inciso XX, conforme citado pelo Ministro Alexandre de Moraes:

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; (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

A Constituição Federal garante a proteção do mercado de trabalho da mulher, não somente a sua conservação, mas também incentivos para a sua continuação, destarte, a manutenção de dispositivos legais que não correspondem a essa proteção devem ser apreciados, a fim de garantir direitos sociais.

Para o Ministro Alexandre de Moraes, o fato de haver o requisito de apresentação de atestado para afastamento é traduzido em imposição de ônus à trabalhadora e a condiciona a embaraço para exercício de seus direitos, desfavorecendo assim, a plena proteção do interesse constitucionalmente protegido.

Por fim, o Ministro Alexandre se pronunciou sobre o ônus diante do empregador, quando a empregada estaria em gozo da licença maternidade dizendo:

Não há ônus excessivo do empregador no afastamento das gestantes e lactantes em condição de insalubridade. Isso pois, “Diante da impossibilidade de realocação da empregada em local salubre, o § 3º do art. 394-A da lei determina que a hipótese será considerada como gravidez de risco e ensejará a percepção de salário maternidade, nos termos da Lei 8.213/1991, durante todo o período de afastamento.” (ADI nº 5938/DF).

A Senhora Ministra Rosa Weber que em seu voto acompanhou o Ministro Alexandre de Moraes, enfatizou que a alteração pela reforma trabalhista seria um retrocesso social:

(...) A alteração promovida pela Lei nº 3.467/2017 na redação do artigo 394-A da CLT, implica inegável retrocesso social - por revogar a norma proibitória do trabalho da empregada gestante e lactante introduzida no sistema normativo trabalhista pela Lei nº 13 além do menoscabo ao direito fundamental à saúde da mãe trabalhadora do que se transfere ao próprio sujeito tutelado a responsabilidade pela conveniência do afastamento do trabalho (ADI nº 5938/DF).

A Ministra se estende:

Os direitos fundamentais do trabalhador "impõe limites à liberdade de organização e administração do empregador de forma a concretizar para a empregada mãe a merecida segurança no exercício do direito ao equilíbrio entre trabalho e família (ADI nº 5938/DF).

Em seu voto, a Ministra Cármen Lúcia se pronuncia em favor dos argumentos trazidos pelo Ministro relator Alexandre de Moraes:

Dizendo que, quando apresentar atestado a recomendar o seu afastamento, que este afastamento se daria. Fica em desconforto aquela mulher que, primeiro, nem tem acesso a um médico, às vezes nem tem acesso a um médico da sua confiança, como é um grande número de mulheres, e que em tudo desatende ao que já tinha sido conquistado e consolidado, tanto legalmente quanto na administração dos serviços que são prestados obrigatoriamente à mulher, no caso do trabalho.

(...) a Constituição, na esteira dos documentos internacionais, vem protegendo a mulher e a criança. E é neste sentido que, nesta fase de gestação e de lactação, a mulher recebe esse tratamento especial no sentido do seu afastamento, que o Ministro Alexandre de Moraes enfatizou, até dela mesma, porque ela pode não se afastar com receio, com medo de perder o emprego, ou de ser considerada como se fosse uma vulnerabilidade, que a gestação não é, é uma bênção, e mesmo nestes casos acaba sendo retaliada por uma sociedade na qual qualquer possibilidade de afastamento do empregado opera em seu favor (ADI nº 5938/DF).

O Ministro Luiz Fux, em seu voto, cita a Ministra Cármen Lúcia, sendo esta relatora da ADPF 101 para a conceituação do princípio da precaução:

“O princípio da precaução vincula-se, diretamente, aos conceitos de necessidade de afastamento de perigo e necessidade de dotar-se de segurança os procedimentos adotados para garantia das gerações futuras, tornando-se efetiva a sustentabilidade ambiental das ações humanas. Esse princípio torna efetiva a busca constante de proteção da existência humana, seja tanto pela proteção do meio ambiente como pela garantia das condições de respeito à sua saúde e integridade física, considerando-se o indivíduo e a sociedade em sua inteireza” (ADPF 101, Rel. Min. Cármen Lúcia, Pleno, DJe 04-06-2012).

Para o Ministro Edson Fachin:

A defesa da igualdade de gênero é marca constitucional de grande importância é fruto de um longo processo de afirmação dos direitos da mulher. A Constituição de 1988 é, na história constitucional brasileira, a mais comprometida com a igualdade de gênero;

A imposição do ônus de comprovar risco por insalubridade à gestante e à lactante é inadequada e inconstitucional, pois reforça a discriminação de gênero e a vulnerabilidade da mulher, ao contrário do que alteração do artigo se propôs a fazer;

O direito de fazer escolhas da mulher deve ser contextualizado, sendo falha a intenção de conceder, no âmbito tratado, livre autonomia da gestante ou lactante. Nesse sentido, a proteção à maternidade também tem aspectos coletivos, “como dever fundamental da mulher de cuidar e nutrir, não apenas a si mesma, mas também ao nascituro e ao recém-nascido.” (ADI nº 5938/DF)

Uma considerável passagem do voto do Ministro Luiz Cesar Barroso, pode ser evidenciada a seguir:

A nova redação do art. 394-A afronta “o direito social à proteção da maternidade, o princípio do melhor interesse da criança, consagrado no art. 227, e afronta o chamado princípio da precaução, pelo qual,

sempre que existe risco ou incerteza, se deve favorecer a posição mais conservadora e protetiva.” (ADI nº 5938/DF)

Ao primeiro momento, relaciona-se o princípio da precaução a que o ministro se refere ao direito ambiental, entretanto, esse princípio pode ser utilizado em diversas áreas do direito, como estampa o acórdão da Suprema Corte:

[...] o princípio da precaução vincula-se, diretamente, aos conceitos de necessidade de afastamento de perigo e necessidade de dotar-se de segurança os procedimentos adotados para garantia das gerações futuras, tornando-se efetiva a sustentabilidade ambiental das ações humanas. Esse princípio torna efetiva a busca constante de proteção da existência humana, seja tanto pela proteção do meio ambiente como pela garantia das condições de respeito à sua saúde e integridade física, considerando-se o indivíduo e a sociedade em sua inteireza. Daí porque não se faz necessário comprovar risco atual, iminente e comprovado de danos que podem sobrevir pelo desempenho de uma atividade para que se imponha a adoção de medidas de precaução ambiental. Há de se considerar e precaver contra riscos futuros, possíveis, que podem decorrer de desempenhos humanos. Pelo princípio da prevenção, previnem-se contra danos possíveis de serem previstos. Pelo princípio da precaução, previnem-se contra riscos de danos que não se tem certeza que não vão ocorrer (RTJ 224/11).

Por fim, para a análise dos argumentos favoráveis à tese de Inconstitucionalidade, o Ministro Celso de Mello em seu voto diz que:

O Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, obrigam-no também a não aboli-los uma vez criados. Quer isto dizer que a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixar de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar (ou passar também a ser) numa obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social (ADI nº 5938/DF).

A fala do ministro Celso de Mello pode ser embasada de acordo com o artigo da Constituição Federal:

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

Parágrafo único. O Estado exercerá a função de planejamento das políticas sociais, assegurada, na forma da lei, a participação da sociedade nos processos de formulação, de monitoramento, de controle e de avaliação dessas políticas (Incluído pela Emenda Constitucional nº 108, de 2020).

De fato, a proteção do direito das trabalhadoras, diante da consideração da inconstitucionalidade do artigo 394-A da CLT se torna imprescindível quando observados os princípios norteadores da Constituição e do Direito do Trabalho.

3. DECISÃO DA ADI Nº 5938/2019 EM ACORDO COM O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

O objetivo do capítulo é, inicialmente, retratar de acordo com a observação da Constituição Federal os princípios fundamentais que foram resguardados em seu

texto. Logo após, será abordado sobre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, bem como os princípios norteadores do Direito do Trabalho. E, por fim, será feita a análise da decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade, a partir do que já mencionado remissivo ao direito da Dignidade da Pessoa Humana.

3.1 A Constituição Federal de 1988 e a proteção aos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais, em essência, são direitos representativos das liberdades públicas, constituem valores eternos e universais, os quais impõe ao estado fiel observância e amparo irrestrito (PINTO, 2009).

Esses direitos fundamentais constituem de forma legítima, prerrogativas que, concretizam as exigências de liberdade, igualdade e dignidade dos seres humanos, assegurando ao homem uma digna convivência livre e isonômica (PINTO, 2009).

Conforme as palavras do Juiz Alexandre Guimarães Gavião Pinto:

Direitos Fundamentais representam o núcleo inviolável de uma sociedade política, com vistas a garantir a dignidade da pessoa humana, razão pela qual não devem ser reconhecidos apenas formalmente, mas efetivados materialmente e de forma rotineira pelo Poder Público.

O Decreto nº 21.417-A²/1932 foi o primeiro texto legal que regulamentava sobre trabalho das mulheres nas indústrias e no comércio, expondo, por exemplo, a igualdade salarial entre homens e mulheres, conforme seu artigo 1º: “Sem distinção de sexo, a todo trabalho de igual valor correspondente salário igual”.

A primeira Constituição Federal do Brasil a seguir com garantias às mulheres foi a de 1934, garantindo não somente a igualdade de salários, como também a vedação do trabalho em locais insalubres.

Porém, logo em 1937 foi instituída uma nova Constituição, apresentando limitações sobre as garantias das mulheres gestantes. O novo texto trazia apenas garantia à assistência médica e sem prejuízo ao salário destinado ao período de repouso, antes e depois do parto.

Após a Constituição de 1937, foi instituída em 1946 a nova Constituição. Nesse novo texto, a igualdade sobre salários entre homens e mulheres e a vedação de atividades insalubres continuaram sendo contempladas. E por fim, a Constituição do

ano de 1967 foi a última instituída antes da Constituição de 1988, que vigora até os dias atuais.

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira dentre as Cartas Constitucionais brasileiras a trazer um capítulo próprio para os princípios fundamentais, que são encontrados após o preâmbulo e antes dos direitos fundamentais, com a finalidade de “outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda ordem constitucional” (SARLET, 2001, p. 65).

O compromisso ideológico e doutrinário desses direitos fundamentais que servem de pilar básico ao Estado Democrático de Direito, aparecem logo a partir do preâmbulo da nossa Lei Maior:

(...) para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias (CONSTITUIÇÃO FEDERAL 1988).

O direito tem influência, de forma direta, forte e constante por esses preceitos constitucionais, uma vez que a dignidade da pessoa humana corresponde à aspiração maior de sua existência (ABREU, 2005). Para Neide Maria Carvalho Abreu,

Versam tais princípios sobre a impossibilidade de haver Estado Democrático de Direito sem direitos fundamentais, como também sobre a inexistência de direitos fundamentais sem democracia, onde devem ser garantidos pelo princípio da liberdade, não somente os direitos civis e políticos, mas também os direitos sociais, corolários do princípio da igualdade, imprescindíveis para a efetividade da dignidade da pessoa humana (ABREU, 2005).

A nossa Carta Magna, pela primeira vez, através do artigo 3º, refere-se aos objetivos do Estado brasileiro, os quais se constituem na estruturação da:

Uma sociedade livre, justa e solidária; na garantia do desenvolvimento nacional; na erradicação da pobreza e na redução das desigualdades sociais e regionais; e na promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

Foram dispostos nos primeiros capítulos da Constituição Federal de 1988, inúmeros direitos e garantias individuais, ademais, lhes foi outorgado o patamar de cláusulas pétreas, conforme o art. 60, § 4º, inciso IV, priorizando assim, os direitos humanos. A nossa Carta Magna se reveste de inovações ao inserir no seu Título II os ‘Direitos Sociais’ que, sob a égide das constituições anteriores, se encontravam espalhados ao longo de seus textos (ABREU, 2005).

Sendo assim, para Delgado:

As vantagens jurídicas adicionais atribuídas à mulher pelo Direito - inclusive o Direito do Trabalho - são, conforme visto, sufragadas pela Constituição da República. Esta se voltou, como se sabe, para a eliminação da discriminação milenar arquitetada contra as mulheres na sociedade histórica, não só mediante a proibição de tratamento diferenciado com relação aos homens, como também pela agregação de vantagens adicionais específicas, fundadas em peculiaridades consideradas relevantes no que tange às razões biológicas e/ou sociológicas da mulher. A retirada de direitos das mulheres, portanto, é conduta legislativa contrária ao espírito constitucional de 1988, uma incompreensão a respeito da sociedade livre, justa e solidária que a Constituição da República quer ver instaurada no País (DELGADO, DELGADO, 2017).

3.2 Princípio da Dignidade Humana e os princípios norteadores do Direito do Trabalho

No direito brasileiro, os princípios são fundamentos e servem de base para as normas. O doutrinador Maurício Godinho Delgado escreve que “o princípio traduz, de maneira geral, a noção de proposições fundamentais que se formam na consciência das pessoas e de grupos sociais, a partir de certa realidade, e que, após formadas, direcionam-se à compreensão, reprodução ou recriação dessa realidade”.

O artigo 394-A em estudo neste trabalho, reformulado com a nova redação advinda da reforma trabalhista, emergiu de antemão aos princípios e textos já positivados na Constituição Federal.

O princípio da dignidade é um dos principais pilares para direção dos dispositivos legais. Vale então, entender o que seria dignidade. Conforme nos diz Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p.62),

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer

ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais serão seres humanos.

O constituinte de 1988 consagrou nos arts. 1º e 3º da Lei Maior, a dignidade do homem como valor primordial, propiciando unidade e coesão ao texto, de molde a servir de diretriz para a interpretação de todas as normas que o constituem (ABREU, 2005)

Por fim, outra definição de dignidade seria:

Em outras palavras, a dignidade é o fiel da balança tanto para as diferenças materiais, no sentido de ver-se desatendida quando uma pessoa vive em condições pífias, sem acesso ao mínimo necessário para condições aceitáveis de vida; mas a dignidade também labuta pela manutenção dos valores da liberdade como consagradores da personalidade humana. De nada adianta o recebimento de todas as prestações materiais possíveis e bastantes ao sustento do corpo, se desrespeitada a alma de cada homem ou de cada mulher (SILVA, TRAMONTINA E SAIBO, 2015).

O Princípio da Proteção, sendo considerado parte no núcleo Basilar de Princípios Especiais por Delgado, p.233:

Informa este princípio que o Direito do Trabalho estrutura em seu interior, com suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de proteção à parte vulnerável e hipossuficiente na relação empregatícia — o obreiro —, visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho.

Outro princípio constitucional que foi considerado para a votação da Ação Direta de Inconstitucionalidade em questão é o Princípio da Vedação ao Retrocesso Social, podendo este ser definido como:

O princípio da vedação ao retrocesso é uma garantia constitucional implícita, decorrente do denominado bloco de constitucionalidade, tendo sua matriz axiológica nos princípios da segurança jurídica, da máxima efetividade dos direitos constitucionais e da dignidade da pessoa humana, mas se constitui em um princípio autônomo, com carga valorativa eficiente própria. Tal princípio alude a ideia de que o Estado, após ter implementado um direito fundamental, não pode retroceder, ou seja, não pode praticar algum ato que vulnere um direito que estava passível de fruição, sem que haja uma medida compensatória efetiva correspondente” (MELO, 2010).

A vedação ao retrocesso social se mostra infinitamente necessária para a manutenção dos direitos sociais já adquiridos, não podendo os novos dispositivos legais atacarem esse princípio.

E, por fim, o Princípio da Indisponibilidade dos Direitos Trabalhistas encontra sua breve explicação: “Ele traduz a inviabilidade técnico-jurídica de poder o empregado despojar-se, por sua simples manifestação de vontade, das vantagens e proteções que lhe asseguram a ordem jurídica e o contrato” (DELGADO, 2019, p.237).

A indisponibilidade inata aos direitos trabalhistas constitui-se talvez no veículo principal utilizado pelo Direito do Trabalho para tentar igualizar, no plano jurídico, a assincronia clássica existente entre os sujeitos da relação socioeconômica de emprego (DELGADO, 2019 p.237).

3.3 Análise da decisão da ADI nº 5938/2019 em acordo com o Princípio da Dignidade Humana

Diante da exposição sobre o que se trata a dignidade humana, a decisão pela inconstitucionalidade do artigo 304-A da CLT se posiciona em acordo com os já mencionados princípios constitucionais e, principalmente, pelo respeito à dignidade das trabalhadoras e seus filhos. Conforme outro ponto importante do voto do Ministro Alexandre de Moraes, observa-se que:

Sob essa ótica, a proteção da mulher grávida ou da lactante em relação ao trabalho insalubre caracteriza-se como importante direito social instrumental protetivo tanto da mulher quanto da criança, pois a ratio das referidas normas não só é salvaguardar direitos sociais da mulher, mas também efetivar a integral proteção ao recém-nascido, possibilitando sua convivência integral com a mãe, nos primeiros meses de vida, de maneira harmônica e segura e sem os perigos de um ambiente insalubre, consagrada, com absoluta prioridade, no art. 227 do texto constitucional, como dever inclusive da sociedade e do empregador.

Desta forma, o Princípio da Dignidade Humana ao tutelar o respeito e consideração por parte do Estado à comunidade e ao indivíduo, promove sua participação nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2001).

Por fim, a dupla titularidade encontrada na proteção à maternidade garante às mulheres gestantes e lactantes, bem como ao nascituro ou recém-nascido, as

garantias explícitas na Constituição Federal e em todo o ordenamento jurídico brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.839 do Supremo Tribunal Federal foi um importante meio para se fazer valer os direitos e garantias fundamentais em que a Constituição Federal se baseia.

Os direitos tutelados no artigo 394-A da Consolidação das Leis Trabalhistas foram gravemente feridos com a instituição da Reforma Trabalhista. Tal reforma, instituída de forma rápida, sem a devida apreciação de todos os seus segmentos e de maneira ponderada, trouxe inúmeras ofensas aos direitos já consolidados dos trabalhadores brasileiros.

A Constituição Federal de 1988, instaurou-se como um importante marco da nossa sociedade. Os princípios fundamentais, para ilustrar, o princípio da dignidade

humana foi criado pelo Estado com o intuito de oferecer aos seus cidadãos o mínimo para uma existência digna.

Há Princípio da Proteção, no qual o Estado deve ser garantidor da proteção seja em qual esfera da sociedade o lado hipossuficiente se encontre. Já o Princípio da Vedação ao retrocesso social é também abordado como uma elementar garantia, em que seja proibido a manutenção de leis e dispositivos que visem assegurar menos do que a ordem jurídica anterior assegurava.

O instrumento que garante a tutela dos direitos sociais é a Ação Direta de Inconstitucionalidade, ferramenta extremamente necessária para assegurar direitos constitucionais.

Os ministros, em sua maioria, com a exceção de apenas um, defenderam que os dispositivos em apreciação naquela Ação direta de Inconstitucionalidade estavam em total desacordo com a Constituição Federal. Ao explicar sobre o assunto, se pôde observar a importância de se discutir o direito.

Com a análise da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, a manutenção do artigo 394-A da Constituição das Leis Trabalhistas seria um enorme prejuízo para as mulheres gestante lactantes, visto que suprimiriam direitos conquistados de forma contínua e com muita luta pela classe feminina.

Não apenas às mulheres seriam destinados esses direitos em questão, mas também aos nascituros e recém-nascidos. A dupla titularidade do direito ofendido no artigo 394-A da CLT.

Ante o exposto e em conclusão, a presente monografia conseguiu expor os mais importantes artigos e doutrinas sobre o tema abordado, bem como as consequências que um dispositivo legal pode causar ao ordenamento jurídico e aos cidadãos a quem eles tutelam.

REFERÊNCIAS

ABREU, Neide Maria Carvalho. **Os direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988.** Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/Anais/Neide%20Maria%20Carvalho%20Abreu_Direitos%20Humanos%20e%20Teoria%20da%20Democracia.pdf Acesso em: 05 jun 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo:** natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. (Versão provisória para debate público). Disponível em: https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf Acesso em: 01 de jun 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611959/>. Acesso em: 20 abr 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1934**. Diário Oficial da União, Brasília em 16 de julho de 1934.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1937**. Diário Oficial da União, Brasília em 10 de novembro de 1937.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1946**. Diário Oficial da União, Brasília em 18 de setembro de 1946.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Diário Oficial da União, Brasília em 24 de janeiro de 1967.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 14 nov 2021.

BRASIL. **Decreto Lei nº 21.417**. Poder Executivo Federal – PE. Decretada pelo Chefe do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União. Brasília em 17 de Maio de 1932.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm Acesso em: 18 jul.2021.

BRASIL. **Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995**. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9029.htm . Acesso em: 18 jul.2021.

BRASIL. **Lei nº 13.467/2017**. Consolidação das Leis Trabalhistas. Diário Oficial da União, Brasília em 13 de julho de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.938 DF/Distrito Federal**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768203190/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-5938-df-distrito-federal-0069830-3720181000000/inteiro-teor-768203200> Acesso em: 14 nov 2021.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. São Paulo: LTr, 2019.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei n.13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

FERRAZ, Carolina Valença. **Série IDP – Manual dos direitos da mulher**, 1ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502199255/>. Acesso em: 20 abr 2021.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 10ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 634.

MARTINEZ, Luciano. **Reforma Trabalhista - Entenda o que mudou**. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600885/>. Acesso em: 20 abr 2021.

MELO, Geraldo Magela. **A vedação ao retrocesso social e o direito do trabalho**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, v.52, n.82, p. 65-74, jul./dez.2010. Disponível em: https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_82/geraldo_magela_melo.pdf Acesso em: 01 de jun 2021.

OLIVEIRA, Ricardo Bezerra de. PINTO, Rosa Maria Ferreiro. **Os Impactos da Reforma Trabalhista para a Saúde e Trabalho da Mulher: uma abordagem constitucional à luz do direito da saúde**. Intr@ciência, v. 15, 01-12, julho, 2018. Disponível em: <http://uniesp.edu.br/sites/biblioteca/revistas/20180925134811.pdf> Acesso em: 01 de jun. 2021

PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. **Direitos Fundamentais, Legítimas Prerrogativas de liberdade, Igualdade e Dignidade**. Revista da EMERJ, v.12, nº 46, 2009. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista46/Revista46_126.pdf Acesso em 13 nov 2021.

PIPEK, Arnaldo. DUTRA, Alexandre Lauria. MAGNO, Isabella Renwick. **Reforma Trabalhista**. São Paulo: Blucher, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788521212690/>. Acesso em: 20 abr 2021.

RESENDE, Ricardo. **Direito do trabalho esquematizado**. 5ª Edição. São Paulo. Método, 2015.

SANDES Fagner, RENZETTI Rogério. **Direito do Trabalho e Processo do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555591682/>. Acesso em: 20 abr 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Rogério Luiz Nery; TRAMONTINA, Robison; LINO, Neli. **A dignidade humana e a eficácia dos direitos fundamentais sociais**. Revista Jurídica Cesumar Jan./Jun. 2015, v. 15, n. 1, p. 9-39 <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/3262> Acesso em: 01 de jun. 2021.