

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO TRABALHO INSALUBRE POR GESTANTES
E LACTANTES E O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**THE (IN)CONSTITUTIONALITY OF UNHEALTHY WORK BY PREGNANT AND
LACTATING WOMEN AND THE POSITION OF THE FEDERAL SUPREME
COURT**

Angelo Santiago Cruz Menezes da Silva¹

RESUMO

A reforma trabalhista, lei 13.467/2017, previu a possibilidade das empregadas gestantes e lactantes exercerem “atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo”, exceto “quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação e durante a lactação. Diante disso, o presente artigo visa analisar a (in)constitucionalidade do labor exercido por gestantes e lactantes em locais insalubres oriundo da reforma trabalhista. Assim, questiona-se como o Supremo Tribunal Federal vem se manifestando no que tange a constitucionalidade ou não do trabalho insalubre realizado por gestantes e lactantes? Para responder ao problema de pesquisa, utiliza-se como método de abordagem o dedutivo e como método de procedimento o histórico e monográfico. Ademais, o presente artigo está dividido em três seções. Na primeira aborda-se a evolução histórica do direito da mulher gestante. Na segunda demonstra-se as modificações inseridas pela reforma trabalhista no que tange trabalho insalubre por gestantes e lactantes e na terceira examina-se julgado do Supremo Tribunal Federal, para estudar o posicionamento do referido Tribunal sobre o objeto do presente estudo. Por fim, conclui-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de declarar inconstitucional o dispositivo da Reforma Trabalhista que permitia o trabalho de gestantes e lactantes em locais insalubres, uma vez que a norma trabalhista violou a proteção a maternidade e à infância.

Palavras-chave: Constitucionalidade. Gestante. Lactante. Reforma Trabalhista.

ABSTRACT

The labor reform, law 13,467/2017, provided for the possibility of pregnant and lactating employees carrying out “activities considered unhealthy to a medium or minimum degree”, except “when presenting a health certificate, issued by a doctor the woman trusts, which recommends leave during pregnancy and during lactation. In view of this, this article aims to

¹ Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Santa Maria - Fadisma. Especialista em Direito Constitucional e Administrativo pela UNISC. Advogado inscrito na OAB/RS sob o nº 124.450. E-mail: angelosantiagomenezes@gmail.com

analyze the (un)constitutionality of the work carried out by pregnant and breastfeeding women in unhealthy places resulting from the labor reform. Thus, the question arises as to how the Federal Supreme Court has expressed itself regarding the constitutionality or otherwise of unhealthy work carried out by pregnant and lactating women? To answer the research problem, the deductive method of approach is used and the historical and monographic method of procedure is used. Furthermore, this article is divided into three sections. The first addresses the historical evolution of pregnant women's rights. The second demonstrates the changes introduced by the labor reform regarding unhealthy work by pregnant and breastfeeding women and the third examines the judgment of the Federal Supreme Court, to study the position of the said Court on the object of the present study. Finally, it is concluded that the jurisprudence of the Federal Supreme Court is to declare unconstitutional the Labor Reform provision that allowed pregnant and lactating women to work in unhealthy places, since the labor standard violated the protection of maternity and childhood.

Keywords: Constitutionality. Pregnant. Lactating. Labor Reform.

INTRODUÇÃO

A permissão para que gestantes e lactantes laborassem em locais considerados insalubres, foi autorizada pela Lei 13.467/2017, denominada reforma trabalhista. Desse modo, os incisos II e III do artigo 394-A da Consolidação das Leis Trabalhistas foram incluídos para permitir que a gestantes trabalhassem em ambientes insalubres de grau mínimo e médio, e a lactante em qualquer grau de insalubridade, devendo ser afastadas, tão somente, se apresentassem atestado médico.

Dessa forma, cabe examinar como o Supremo Tribunal Federal vem se manifestando no que tange que tange à constitucionalidade ou não do trabalho insalubre realizado por gestantes e lactantes? Nesse viés, o objetivo geral da pesquisa é indicar a forma como o Supremo Tribunal Federal entende a (in)constitucionalidade do labor da mulher gestante e da lactante em condições insalubres.

Assim para responder ao problema acima delimitado e cumprir o objetivo proposto, utiliza-se se como método de abordagem o dedutivo, visto que foi examinado o dispositivo da lei trabalhista, que traz a permissão do trabalho insalubre por gestantes e lactantes. Para, posteriormente, apreciar as manifestações específicas da jurisprudência sobre o tema. Já quanto ao método de procedimento, foi usado o método histórico e monográfico, o primeiro se justifica, pois foi realizada uma retrospectiva da evolução histórica dos direitos da mulher gestante, já o

segundo se emprega, uma vez que é realizada uma análise de jurisprudência no site do Supremo Tribunal Federal. Nesse ponto, cumpre referir que foram lançadas as palavras “reforma trabalhista e “trabalho insalubre”. Com a busca, encontrou-se uma demanda ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos, trata-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5938.

Além disso, cumpre referir que a decisão de eleger o tema no presente artigo, foi devido a importância que o tema apresenta tanto para o âmbito jurídico quanto social, haja vista que versa sobre direitos do trabalho, que tem resguardo, no âmbito da Constituição Federal.

Assim, para uma melhor compreensão do tema, o presente artigo foi dividido em três seções. Na primeira seção, aborda-se a evolução histórica dos direitos da mulher gestante. Já na segunda seção, trata-se das modificações inseridas pela reforma trabalhista no que tange ao labor da mulher gestante e lactante em condições insalubres. Por fim, na terceira seção, demonstra-se a forma como o Supremo Tribunal Federal se manifesta em relação a (in)constitucionalidade do trabalho insalubre por gestantes e lactantes.

1. OS DIREITOS DA MULHER GESTANTE NO DIREITO PÁTRIO: UMA ANÁLISE HISTÓRICA DE SUA PREVISÃO LEGAL

Na Constituição de 1824, a primeira da história do Brasil, outorgada por Dom Pedro I, a expressão mulher sequer foi citada no texto constitucional que possuía 179 artigos. Nessa esteira, percebe-se que as mulheres não eram consideradas cidadãs, não tinham direito ao voto, nem poderiam ser eleitas (BRASIL, 1824).

Com o advento da República, a Constituição promulgada em 24 de fevereiro de 1891, novamente não houve menção a expressão mulher, excluindo-as de exercer qualquer direito como cidadãs (BRASIL, 1891). Sobre esse período, (PINTO, 2003, p. 16), salienta que “a mulher não foi citada porque simplesmente não existia na cabeça dos constituintes como um indivíduo dotado de direitos”.

O primeiro ordenamento que tratou dos direitos da mulher gestante foi a Lei nº 1.596/1917, que previa que a mulher não poderia exercer suas atividades rotineiras no último dia de gravidez e no primeiro dia após o parto (BRASIL, 1917).

O Decreto nº 21.417-A, de 1932, dispôs sobre as condições do trabalho das mulheres nos estabelecimentos industriais e comerciais. Segundo Alice Monteiro de Barros (2009) “durante o afastamento, era assegurado um auxílio correspondente à metade dos seus salários, de acordo com a média dos seis últimos meses”.

Já a Constituição de 1934, constitucionalizou os direitos da mulher, eis que proibiu de forma expressa a discriminação em relação aos salários, o trabalho feminino em condições insalubres, prevendo o repouso semanal remunerado para a gestante e serviços de amparo à maternidade (BRASIL, 1934).

No âmbito constitucional, a Constituição de 1937 trouxe em seu texto restrições às garantias da gestante, em que pese as referidas limitações, foram garantidos as mulheres, assistência médica, período de repouso pré e pós-parto, sem prejuízos no salário e proibição de labor em indústrias insalubres (BRASIL, 1937).

Nesse viés, é a lição de (NEIVERTH; MANDALOZZO, 2009), com o golpe do Estado Novo, a Constituição outorgada de 1937 não possuía em seu texto a garantia de emprego à gestante.

A licença maternidade surgiu no Brasil em 1943, com o surgimento da Consolidação das Leis do Trabalho, a CLT. Assim, a licença era de 84 dias e tinha que ser paga pelo empregador (BRASIL, 2007).

A Constituição promulgada em 1946 se propôs a ser uma Carta democrática, tendo sido realizada por uma Assembleia Constituinte. Enfatiza-se que foi retomando a igualdade salarial entre os homens e as mulheres, bem como a vedação do trabalho das mulheres em atividades insalubres (BRASIL, 1946).

Durante a vigência da Constituição de 1967, a mulher gestante adquiriu o direito ao descanso remunerado, antes e depois do parto, sem prejuízo algum no emprego e no seu respectivo salário (BRASIL, 1967).

Nessa perspectiva, Soares, Marcari e Fonseca (2017), salientam que a CLT foi alterada pelo Decreto-Lei 229, de 1967, maior rigor em relação ao local apropriado para a guarda de filhos de lactantes e a proibição do trabalho feminino entre quatro semanas antes e oito semanas após o parto.

No Brasil, com a redemocratização do país a Constituição Cidadã, como ficou conhecida a de 1988, foi base fundamental para consagrar o Estado Democrático de Direito,

restando assegurados diversos direitos e garantias. Acerca dos direitos da gestante e lactante, a Constituição Federal de 1988 ampliou a licença à maternidade para 120 dias, sem prejuízo algum do emprego e do salário recebido, conforme disposto no artigo 7º, inciso XVIII (BRASIL, 1988).

Frisa-se que pela ótica da Constituição Cidadã não pode haver tratamento desigual na licença-maternidade concedida à mãe biológica e à mãe adotante: ambas têm direito a, no mínimo, 120 dias. Cumpre, ainda, nesse viés citar o entendimento do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 778889, que fixou o entendimento de que os prazos da licença para adotantes não podem ser inferiores aos previstos para gestantes e que não é possível fixar prazos diversos em razão da idade da criança adotada (BRASIL, 2022).

A Constituição de 1988 também extinguiu a dispensa arbitrária e sem justa causa da empregada gestante, garantindo também seu emprego por 5 meses após o nascimento da criança. Desse modo, é garantido à trabalhadora gestante, estabilidade provisória de emprego desde a confirmação da gravidez (BRASIL, 1988).

Nesse seguimento observa Luciano Martinez (2016) que a estabilidade no emprego é entendida como a fórmula de proteção caracterizada pela vedação à rescisão por iniciativa patronal. Por meio dela o empregador fica impedido de desligar o empregado, sob pena de ver-se compelido a reintegrá-lo.

Vale destacar que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 6º, instituiu a Proteção à Maternidade como sendo um direito social e esse uma Cláusula Pétrea, portanto a Constituição Cidadã delegou ao Estado o compromisso de realizar medidas de proteção à gestante. Verifica-se que a aludida proteção constitucional se aplica também ao nascituro (BRASIL, 1988).

Cumpre ainda, referir que as Cláusulas Pétreas, não podem sofrer qualquer tipo de restrição, assim representam um esforço do legislador constituinte para assegurar a integridade da Constituição, impedindo que eventuais alterações provoquem a sua destruição, conservando o seu núcleo essencial, sendo a garantia da permanência da identidade da Constituição e dos seus princípios fundamentais.

Tem-se, assim, segundo Sarlet (2003), que as cláusulas pétreas, que protegem o conjunto de bens constitucionais essenciais à preservação da identidade da Constituição,

necessariamente incluem os direitos fundamentais sociais, seja por força do artigo 60, §4o, IV, da Constituição da República de 1988.

No mesmo sentido, é lição de Paulo Bonavides (2010, p. 594), segundo o qual “em obediência aos princípios fundamentais, faz-se mister, em boa doutrina, interpretar a garantia dos direitos sociais como cláusula pétrea”.

Evidencia-se que a Constituição de 1988 trouxe uma série de garantias as gestantes, visando proteger a mãe e mulher trabalhadora, nesse escopo a CLT sempre foi base legal de proteção as mulheres. Contudo após o advento da Reforma Trabalhista em 2017, as gestantes e lactantes tiveram suas garantias flexibilizadas como será demonstrado na próxima seção.

2. AS MODIFICAÇÕES INSERIDAS PELA REFORMA TRABALHISTA NO QUE TANGE AO TRABALHO DA MULHER GESTANTE E DA LACTANTE EM AMBIENTES INSALUBRES

Antes da Lei 13.467/2017, o dispositivo 394-A da CLT, previa que a empregada gestante ou lactante seria afastada de qualquer tipo de serviço e locais insalubres, não havendo exigência de atestado, percebe-se que o escopo da antiga redação era de proteger a gestante e lactante, o feto e a criança.

Com o advento da Reforma Trabalhista, os direitos da mulher gestante e lactante previstos no artigo 394-A da CLT foram drasticamente reduzidos. A nova redação do referido dispositivo determinou que somente será afastada do trabalho a empregada gestante que labore em local ou atividade insalubre em grau máximo. Já no caso de insalubridade em graus médio e mínimo, a trabalhadora deverá apresentar atestado médico que recomende o seu afastamento durante a gestação (BRASIL, 2017).

Sob essa ótica a nova redação do artigo supracitado, concedeu ao empregador poder para determinar às gestantes e às lactantes que executassem atividades insalubres de graus médio ou mínimo (BRASIL, 2017). Tal se denota facilmente com a leitura do aludido dispositivo:

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.

A modificação incluída lei 13.467/2017, no que tange a possibilidade das gestantes e lactantes laborarem em ambientes insalubres, assim como outros pontos da Reforma Trabalhista, foram alvos de inúmeras críticas, especialmente por juristas constitucionalistas e trabalhistas, que defendem a inconstitucionalidade dos incisos II e III do artigo 394-A da CLT, pois entendem ter havido violação a princípios constitucionais.

Nesse seguimento, é a lição de Mauricio Godinho Delgado (2017), que disserta em sua obra que a proteção a maternidade, deve receber atenção especial por parte do Estado, a fim de criar ordenamentos que visem tutelar o contrato de trabalho da mulher, uma vez que se trata de direito fundamental. Assim, para o referido doutrinador qualquer situação que abarque o período de gestação e também o período pós parto, permite que o Estado sob a ótica da Constituição Federal de 1988, conceda um tratamento normativo diferenciado, com objetivo de proteger a mulher gestante e lactante.

Destaca-se que o referido debate acerca da (in)constitucionalidade não está restrito apenas à doutrina, esse debate se opera sobretudo, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que é o guardião da Constituição. Nessa mesma visão, foi ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, com o objetivo de afastar do ordenamento jurídico os incisos II e III do artigo 394-A da CLT, como será demonstrado na seção seguinte.

3. O TRABALHO INSALUBRE POR GESTANTES E LACTANTES: UMA ANÁLISE A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A discussão acerca da constitucionalidade ou não do trabalho insalubre exercido por gestantes e lactantes em locais insalubres é recente, haja vista que teve início após a aprovação da lei 13.437/2017, conhecida como reforma trabalhista. Desde então, a permissão para gestantes e lactantes desempenharem suas atividades em ambientes insalubres vem recebendo

diversas críticas de juristas tanto no âmbito constitucional, quanto no âmbito trabalhista, uma vez que entendem que a referida autorização está em desconformidade com o ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que segundo esses, viola princípios constitucionais.

Diante disso, foi ajuizada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5938. O intuito da referida ação é a declaração de inconstitucionalidade, da norma que admitiu que gestantes exercessem atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo e que lactantes desempenhassem atividades insalubres em qualquer grau, exceto quando apresentassem atestado de saúde que recomende o afastamento (BRASIL, 2018).

No bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5938, a Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos, contesta os incisos II e III do artigo 394-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), com redação conferida pelo artigo 1º da Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) (BRASIL, 2018).

A Confederação sustentou que o dispositivo estimula o trabalho insalubre das gestantes e das lactantes, uma vez que cabe a elas o ônus de justificar, por atestado médico, sua condição de vulnerabilidade. Para a entidade, a maioria das mulheres – trabalhadoras de baixa renda e de pouca escolaridade –, “ante a possibilidade de perda da remuneração a título de adicional de insalubridade, deixarão de procurar um médico para continuarem trabalhando em condições insalubres” (BRASIL, 2018).

Nessa ótica, a parte autora alegou que ao admitir a possibilidade de que trabalhadoras grávidas ou lactantes desempenhem atividades insalubres nas referidas hipóteses, afrontaria a proteção que a Constituição Federal. Ainda sustentou que a norma estabelecida nos incisos II e III do artigo 394-A da CLT, violou dispositivos constitucionais que, em variados contextos, tratam da proteção à mulher, à maternidade e à valorização do trabalho humano (BRASIL, 2018).

A Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos, solicitou a concessão de medida cautelar para suspender a eficácia da expressão “quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento”, contida nos incisos II e III, da nova redação do artigo 394-A da CLT. Porém, o relator decidiu pelo rito abreviado para o julgamento da ação, previsto no artigo 12 da Lei 9.868/1999 (Lei das ADIs), destaca-se

que o rito abreviado permite ao Plenário do Supremo Tribunal Federal julgar a ação diretamente no mérito, sem prévia análise do pedido de liminar (BRASIL, 2018).

O Ministro Alexandre de Moraes, relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5938, concedeu a liminar pleiteada pela parte autora. Nesse cenário, foi suspensa a eficácia da expressão que admitia a possibilidade de trabalhadoras grávidas desempenharem atividades insalubres em graus mínimo e médio e, quanto às lactantes, em qualquer grau de insalubridade (BRASIL, 2019).

Posteriormente em 29 maio de 2019, o plenário da Suprema Corte julgou o mérito da referida Ação Direta de Inconstitucional. Oportunidade na qual, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou-se no sentido de que a exigência de atestado médico para afastamento de gestantes de atividade insalubre em grau médio e mínimo e de lactantes de atividade insalubre em qualquer grau é inconstitucional (BRASIL, 2019).

Em seu voto, o Ministro relator, asseverou que a proteção à maternidade é direito de dupla titularidade, sendo composto pela esfera do direito instrumental protetivo da mulher e pelo direito da integral proteção à criança, tratando-se assim de direitos que não podem ser afastados ou renunciados (BRASIL, 2019).

O Ministro prosseguiu, ainda, no sentido de que 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”, consubstanciado nos julgados Recurso Extraordinário 629.053 e Recurso Extraordinário 1.058.333 (BRASIL, 2019).

Por fim, destacou que o requisito de apresentação de atestado para afastamento traduz-se em imposição de ônus à trabalhadora e a sujeita a embaraço para exercício de seus direitos, desfavorecendo a plena proteção do interesse constitucionalmente protegido (BRASIL, 2019).

Na mesma linha de pensamento do relator, foi o voto do Ministro Edson Fachin que argumentou que 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 (BRASIL, 2019).

Durante o voto quando da análise pelo Plenário, o julgador destacou que:

Há, na redação do art. 394-A dada pela Reforma trabalhista, uma inconstitucionalidade saliente no que tange a proteção do tripé maternidade, nascituro e infância, ferindo, a saber, os direitos fundamentais da mulher, da gestante e da lactante, e o direito da proteção integral do melhor interesse da criança.

Em considerações finais de seu voto, o Ministro referiu que a norma trabalhista que autorizou que as gestantes e lactantes pudessem laborar em condições insalubres, não respeitou os direitos fundamentais das mulheres, gestantes e lactantes, nem os direitos fundamentais da criança à proteção integral de seu melhor interesse, não podendo tal norma permanecer no ordenamento jurídico constitucional brasileiro (BRASIL, 2019).

Por sua vez, o Ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto corroborou a tese da inconstitucionalidade, fundamento que a nova redação do art. 394-A afrontou “o direito social à proteção da maternidade, o princípio do melhor interesse da criança” (BRASIL, 2019, p. 30). Destacou ainda, que a exigência de um atestado de saúde de médico de confiança para que a gestante ou lactante, deixasse de trabalhar em locais insalubres, é incompatível com a Constituição.

Já a Ministra Rosa Weber, endossou que a norma questionada pela parte autora da Ação, é inconstitucional, ressaltou que a reforma trabalhista há de ser apreciada sob um olhar fiel aos princípios constitucionais. A ministra afirmou, que os dispositivos do art. 394-A da CLT, contrariam a jurisprudência da Suprema Corte no que tange a compreensão do direito fundamental à saúde (BRASIL, 2019).

Nesta mesma vertente, o voto do Ministro Celso de Mello, acompanhou integralmente o voto proferido pelo Ministro relator. Em suas considerações iniciais, o ministro salientou que caso a Suprema Corte, julgasse válida a expressão normativa contida na regra legal ora impugnada, tal decisão implicaria em afronta ao princípio que veda o retrocesso social, sendo esse uma das bases da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2019).

Nessa linha, foi salientado pelo Ministro, a lição de Gomes Canotilho, sobre o aludido princípio, segundo o qual a vedação ao retrocesso social, significa um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de uma política congruente com os direitos concretos, sendo que qualquer violação justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente aniquiladoras da chamada justiça social (BRASIL, 2019).

Ademais, foi salientado que o princípio da vedação ao retrocesso social, também encontra amparo na jurisprudência estrangeira, a título exemplificativo, foi citado o Acórdão nº 39/84, oriundo do Tribunal Constitucional português, que reconheceu como inconstitucional o ato estatal revogador de direito social já garantido, invocando a cláusula de proibição do retrocesso (BRASIL, 2019).

O Ministro Luiz Fux, em sua manifestação ao apreciar o pedido da parte da autora, frisou que família tem especial proteção do Estado pelo art. 226 da Constituição Federal, sendo vedado que “a gravidez ou a amamentação sejam motivos para fundamentar qualquer ato contrário ao interesse da mulher, ou que lhe imponha grave prejuízo” (BRASIL, 2019).

O ministro prosseguiu ainda, no sentido de que a norma trabalhista questionada na presente Ação, violou à proteção da família, ferindo o direito social de proteção à maternidade e o princípio do livre planejamento familiar. Ainda no que tange ao artigo questionado, salientou que se trata de violação à proteção à saúde, uma vez que “na busca de manter seu emprego no médio prazo, poderia a trabalhadora, verificada a gestação, preferir se submeter a fatores de risco e não apresentar atestado médico” (BRASIL, 2019).

Por derradeiro, observou que o Brasil está inserido em um contexto internacional de preocupação com o combate a injustiças de gênero, ao passo que é signatário da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, internalizado por meio do Decreto 4.377 (BRASIL, 2019).

A Ministra Carmem Lúcia, posicionou-se na mesma linha do Ministro Relator, defendendo a inconstitucionalidade da exigência de atestado médico para afastamento de gestantes de atividade insalubre em grau médio e mínimo e de lactantes de atividade insalubre em qualquer grau (BRASIL, 2019).

Em sua manifestação, o Ministro Ricardo Lewandowski corroborou a tese da inconstitucionalidade do artigo 394-A da CLT, reforçando que a nova redação incluída pela Reforma Trabalhista, transgrediu, o princípio de vedação do retrocesso (BRASIL, 2019).

Os Ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli, acompanharam em seus votos integralmente as manifestações anteriores, ratificando a inconstitucionalidade da lei questionada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos (BRASIL, 2019).

O único voto divergente, do entendimento majoritário da Suprema Corte, foi proferido pelo Ministro Marco Aurélio Mello. Para o ministro, os dispositivos do artigo 394-A são

adequados, pois visam atender às exigências do mercado de trabalho para evitar óbices à contratação de mão de obra feminina (BRASIL, 2019).

Por fim, sustentou o ministro que não há inconstitucionalidade da norma questionada, para o julgador os preceitos que regulam o trabalho masculino são aplicáveis ao trabalho feminino, sendo razoável exigir-se um parecer técnico de profissional da medicina sobre a conveniência do afastamento da trabalhadora (BRASIL, 2019).

Verifica-se, portanto, que a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5938, foi julgada procedente, confirmando a liminar anteriormente concedida, para declarar inconstitucional o trecho do artigo 394-A da CLT que autorizou o trabalho de gestantes e lactantes em atividades insalubres.

CONCLUSÃO

Como demonstrado, o direito do trabalho das mulheres no Brasil passou por várias fases, a primeira foi a fase de exclusão, uma vez que o ordenamento jurídico trazido nas duas primeiras Constituições as excluía de exercer qualquer direito.

Em momento posterior, quando as mulheres, especialmente as gestantes, começaram a se inserir no mercado de trabalho, houve alguma espécie de proteção legal, em que pese as normas de proteção a mulher gestante, ainda havia muitas restrições para que as mesmas pudessem exercer os seus direitos.

Desse modo, tem-se cristalino que a evolução dos direitos e garantias da mulher, em especial a gestante, foram sendo conquistados de forma gradativa, de modo, que somente após o advento da Constituição Cidadã de 1988 as mulheres passaram a ser tratadas de forma igualitária aos homens.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu a proteção à maternidade como dever do Estado, além de outros direitos sociais como a licença-gestante, o direito à segurança no emprego e a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde e segurança.

Com o mesmo intuito da Constituição Federal, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), elencou dispositivos que buscam a proteção das mulheres, sobretudo as gestantes. No que tange, ao trabalho insalubre, a CLT dizia que gestantes ou lactantes deveriam ser afastadas das funções perigosas, sendo que o trabalho seria exercido em local seguro.

Com a aprovação da lei 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista, a CLT foi modificada. Assim, segundo o artigo 394-A da CLT, as gestantes só serão afastadas das atividades de risco com grau médio ou mínimo durante a gestação somente após a recomendação de um médico de sua confiança e as lactantes passaram a precisar também de atestado médico para serem dispensadas das atividades insalubres em quaisquer desses graus.

Desse modo, foram crescentes as discussões no âmbito trabalhista, acerca da constitucionalidade do dispositivo da lei trabalhista. Tal discussão, chegou ao âmbito do Supremo Tribunal Federal, a partir da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5938, ajuizada pela Confederação Nacional dos Metalúrgicos.

Como elucidado neste artigo, o Supremo Tribunal Federal ao apreciar a aludida Ação, invalidou o artigo da Reforma Trabalhista que condicionava o afastamento da gestante ou lactantes do exercício de atividades insalubres a apresentação de atestado médico.

De acordo com o entendimento do plenário da Suprema Corte, os incisos II e III do artigo 394-A, da CLT é inconstitucional, uma vez que não observou princípios constitucionais, sobretudo o princípio da vedação ao retrocesso social, pois revogou a norma anterior que vedava o trabalho insalubre da gestante ou lactante, além de afrontar o direito fundamental à saúde da mãe trabalhadora.

Nessa esteira, verifica-se que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, está em harmonia com o texto da Constituição Federal, uma vez que garante a tutela dos direitos fundamentais sociais. Ademais, a nova redação do artigo 394-A da CLT, por questão de justiça constitucional, não poderia continuar vigorando no ordenamento jurídico, ao passo que afastou a responsabilidade do Estado na proteção de direitos trabalhistas das mulheres.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 5ª Ed. Editora LTr São Paulo, 2009.

BRASIL, *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, de 25 de março de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm

BRASIL, *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, de 24 de fevereiro de 1891, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm Acesso em nov. 2023.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*: de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm> Acesso em nov. 2020.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*: 10 de Novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*: 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 15 de março de 1967*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: nov. 2023.

BRASIL. *Decreto nº 21.417-A, de 17 de maio de 1932*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21417-a-17-maio-1932-526754-publicacaooriginal-1-pe.html>

BRASIL. *Decreto-Lei nº 229 de 28 de fevereiro 1967*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0229.htm

BRASIL. *Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017*. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 14 jul. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del5452.htm. Acesso em: 20 nov. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Especial Licença-Maternidade 2 - Evolução das leis e costumes sobre licença-maternidade no Brasil*. Disponível em <https://www.camara.leg.br/radio/programas/293878-especial-licenca-maternidade-2-evolucao-das-leis-e-costumes-sobre-licenca-maternidade-no-brasil-0602/>. Acesso em 20 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Portal STF*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=378999>. Acesso em 20 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5938*. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 29 de maio de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750927271>. Acesso em 20 nov. 2023.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, SP, Malheiros, 25ª.edição, p.594, 2010.

CANOTILHO, José J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Almedina, 1998. p. 320-322, item 03 e 320-321.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16ª ed. São Paulo: LTr, 2017.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas*. 7ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

NEIVERTH, E.; M. H. B., MANDALAZZO, S. S. N. A Licença-maternidade e sua ampliação facultativa. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, a. 34, n. 63, julho/dezembro de 2009.

PINTO, Céli Regina Jardim. *Uma história do feminismo no Brasil*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais sociais como cláusulas pétreas*. Interesse Público, São Paulo, n. 17. jan./fev. 2003ª.

SOARES, Fernanda Heloisa Macedo; MARCARI, Elisangela; DA FONSECA, Josimar Rodrigo. *A evolução dos direitos trabalhistas das mulheres sob o prisma dos limites da flexibilização no Direito do Trabalho*. In: Científic@-Multidisciplinary Journal, v. 4, n. 2, 2017, p. 122-123.