

REFORMA TRABALHISTA: TRABALHO DA MULHER GESTANTE E LACTANTE EM LOCAIS INSALUBRES E SEUS REFLEXOS

LABOR REFORM: WORK OF PREGNANT AND LACTATING WOMEN IN UNHEALTHY PLACES AND THEIR REFLEXES

Marja Mariane Feuser

Possui graduação em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (2004). Advogada atuante com experiência na área cível e professora universitária nos cursos de Direito e Ciências Contábeis da Universidade do Extremo Sul Catarinense - Unesc. Mestranda do PPGD - Programa de Mestrado de Direitos Humanos e Sociedade da UNESC, vinculada a linha de Pesquisa de Direito, Sociedade e Estado.

Rodrigo Goldschmidt

Pós-Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - 2008. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - 2001. Especialista em Direito Civil pela Universidade de Passo Fundo - 1998. Graduado em Direito pela Universidade de Passo Fundo - 1993. Professor da graduação e do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC. Pesquisador permanente do PPGD/UNESC. Coordenador da linha de pesquisa Direito, Sociedade e Estado do PPGD/UNESC. Líder do grupo de pesquisa Direitos humanos e fundamentais do trabalho e políticas públicas. Membro pesquisador do NUPED/UNESC. Autor de diversos livros e artigos científicos. Juiz do Trabalho Titular do TRT da 12a Região/SC. Vice-Diretor da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 12a Região (2015). Membro do Conselho Nacional das Escolas de Magistratura do Trabalho - CONEMATRA (2014-2015). Editor da Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 12a Região (2015 a 2017). Juiz Gestor Auxiliar do Programa Trabalho Seguro da 3a Circunscrição Judiciária do TRT da 12a Região/SC. Membro do Conselho Editorial e da Comissão Editorial da Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 12a Região. Professor da Escola Superior da Magistratura do Trabalho de Santa Catarina - Amatra XII.

Submetido em: 29/05/2019

Aprovado em: 05/11/2021

Resumo: O presente artigo tem por objetivo realizar uma análise acerca das recentes alterações introduzidas pela Lei 13.457/17 e pela Medida Provisória 808/17 na Consolidação das Leis

Trabalhistas (Decreto-Lei 5.452/1943), no que toca ao trabalho da mulher gestante e lactante e seus consequentes reflexos ao nascituro e a criança. Para isso, analisa a Teoria da Proteção Integral, preconizada na legislação constitucional e infraconstitucional, frente a atual vigência do artigo 394-A da lei trabalhista. Assim, após a análise dos dispositivos ligados a Teoria da Proteção Integral, apresenta-se uma visão crítica, destacando-se a existência de avanços ou retrocessos na temática. Para tanto, o presente artigo utiliza o método indutivo, com técnica de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Trabalho. Trabalho da mulher. Reforma Trabalhista. Teoria da proteção integral. Direitos fundamentais.

Abstract: *The purpose of this article is to analyze the recent changes brought about by Law 13457/17 and Provisional Measure 808/17 in the Consolidation of Labor Laws (Decree-Law 5,452 / 1943) regarding the work of pregnant and lactating women and their consequent reflexes to the unborn child. For this, it analyzes the Theory of Integral Protection, recommended in the constitutional and infraconstitutional legislation, against the current validity of article 394-A of the labor law. Thus, after analyzing the devices connected to the Theory of Integral Protection, it presents a critical view, highlighting the existence of advances or setbacks in the thematic. For this, the present article uses the inductive method, with a bibliographic search technique.*

Keywords: *Job. Woman working. Labor Reform. Theory of integral protection. Fundamental rights.*

SUMÁRIO: Introdução. 1. Evolução do direito do Trabalho e seu caráter fundamental. 1.1. Alteração do artigo 394-A Consolidação das Leis Trabalhistas. 1.2. Dos dispositivos Constitucionais violados com a inserção dos incisos II e III do artigo 394-A Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT). 1.3 Dos direitos inerentes ao nascituro e a criança violados com a inserção dos incisos II e III do artigo 394-A da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT). Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Com as mudanças impressas pela chamada Reforma Trabalhista, no mês de julho de 2017, como forma de uma suposta modernização no cenário trabalhista atual, algumas situações influenciaram as relações de trabalho, em especial ao trabalho da mulher.

A vigência da nova legislação do trabalho vem gerando algumas discussões acerca de seu avanço ou retrocesso, ocasionadas justamente pela insegurança no que toca a aplicação desse novo regramento, fato que denota a necessidade de uma análise pontual para identificar se a flexibilização da legislação trabalhista, em especial no que toca ao trabalho da mulher gestante e lactante em locais insalubres, representa realmente uma inovação benéfica aos empregados e empregadores.

Com relação a proteção do trabalho da mulher gestante e lactante, é necessário analisar pontualmente as alterações realizadas pela Lei 13.457/17 com o objetivo de verificar a existência de situações favoráveis ou prejudiciais dentro do quadro atual legislativo, com o objetivo de apresentar uma visão crítica sobre essa temática.

Isso porque, as alterações do atual texto trabalhista envolvendo as mulheres, em especial as trabalhadoras gestantes e lactantes, acabam muitas vezes afetando diretamente sujeitos de direitos em posição de vulnerabilidade, devidamente reconhecidos e protegidos pela legislação, dos quais podemos citar o nascituro e a criança que merecem destaque no presente tema.

Assim, o presente artigo busca traçar algumas linhas sobre a evolução do direito do trabalho, dando ênfase a proteção da mulher trabalhadora, analisando em seguida o artigo 394-A, alterado pela Lei 13.456/17, destacando seus reflexos no que toca aos direitos do nascituro e da criança frente a teoria da proteção integral, ampliando o debate sobre o tema proposto, sem esgotar a matéria. Para a construção do artigo foi utilizado o método indutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica.

1. EVOLUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO E SEU CARÁTER FUNDAMENTAL

Ao analisar o direito do trabalho e sua evolução, é possível afirmar que seu desenvolvimento está diretamente ligado a trajetória de evolução histórica da humanidade. Segundo Martins, “a primeira forma de trabalho foi a escravidão”, no qual o trabalhador além de ser tratado como uma moeda de troca não possuía qualquer direito trabalhista, já que o mesmo não representava uma obrigação. Essa condição de ausência de liberdade, também pode ser constatada no período feudal, onde os trabalhadores eram conhecidos como servos e trabalhavam basicamente em troca de proteção (MARTINS, 2006, p. 4-5).

Com a passagem da idade média, o surgimento do Estado Liberal e os ideários da Revolução Francesa em 1789, as condições de trabalho antes aplicadas começam a ser consideradas incompatíveis com o ideário de liberdade e dignidade do homem denunciadas e proclamadas na França (CASSAR, 2012, p. 18).

Dessa forma, com a Revolução Industrial e o surgimento das máquinas a vapor, os trabalhadores começam a exercer suas funções em troca de salários, ocorrendo assim, a necessidade de intervenção estatal visando a proteção dos operários mais vulneráveis, dos quais podemos encontrar as crianças e as mulheres:

Começa a haver a necessidade de intervenção estatal nas relações de trabalho, dados os abusos que vinham sendo cometidos, de modo geral, pelos empregadores, a ponto de serem exigidos serviços em jornadas excessivas para menores e mulheres, de mais de 16 horas por dia ou até o pôr-do-sol, pagando metade ou menos dos salários que eram pagos aos homens (MARTINS, 2006, p. 6).

Com as primeiras denúncias das condições de exploração do trabalhador, as mulheres e crianças já sofriam com a discriminação pois para “incrementar a renda familiar, mulheres e crianças também bateram nas portas das fábricas,

sujeitando-se as mesmas condições de trabalho do homem, com salários ainda mais aviltados” (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 89).

Nesse cenário de exploração do trabalhador em condições precárias, com a busca de melhores condições salariais, ocorreu a chamada “contra-revolução social”, surgindo a exigência de intervenção estatal com a edição de “leis de proteção ao trabalhador, primeiro reduzindo jornada de trabalho e, após, estabelecendo salários mínimos”, fatos que deram origem ao Direito do Trabalho (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 91-92).

No que toca a consolidação e a constitucionalização do Direito do Trabalho no cenário moderno mundial, vale destacar a Constituição do México em 1917 e a Constituição de Weimar na Alemanha, em 1919. Esses exemplos se consolidam com o Tratado de Versalhes, responsável por consagrar o entendimento de que o trabalhador não é uma mercadoria, impulsionados com a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), visando a proteção de trabalhadores, no mesmo ano (CAIRO JR, 2017, p. 62).

No Brasil, embora o direito do trabalho possa ser extraído de forma tímida na Constituição de 1934, no ano e 1943 foi aprovada a Consolidação das Leis Trabalhistas.

Porém, seguindo uma tendência mundial dos Estados Democráticos de Direito, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Direito do Trabalho acaba recebendo destaque como direito social, constando ainda no título destinado aos direitos e garantias fundamentais.

Todavia, no cenário neoliberal atual, considerando o aumento das desigualdades sociais, que conseqüentemente acabam gerando o desemprego, a não observância de direitos constitucionais arduamente conquistados é um fato presente na realidade social, tendo em vista que “reformas constitucionais e na legislação infraconstitucional estão suprimindo direitos sociais, ocasionando o fenômeno da Flexibilização” (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 155).

Por essas razões, diante da recente reforma no texto trabalhista, serão analisadas as principais alterações inerentes ao artigo 394 da CLT, no que toca a proteção da mulher gestante e lactante, frente a teoria da proteção integral, ampliando dessa forma, a necessidade de debate acerca da questão.

1.1. ALTERAÇÃO DO ARTIGO 394-A CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS TRABALHISTAS

Estudando as alterações promovidas pela Lei 13.457/17, complementada pela Medida Provisória 808, publicada em 14/11/2017¹, conhecida como

¹ A medida provisória 808 produziu efeitos jurídicos, com o período vigente, a contar de

Reforma Trabalhista, no que diz respeito a proteção da mulher, alcança-se, sem dúvida alguma, um ponto de grande polêmica e que merece destaque e estudo, consubstanciado na redação prevista no artigo 394-A, em especial nos incisos II e III:

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

I - atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

II - atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

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

O referido dispositivo permite claramente o trabalho da mulher grávida ou lactante em locais de insalubridade, em grau médio ou mínimo, salvo quando apresentado laudo médico indicando o afastamento.

A norma em questão parece conter ofensa a preceitos fundamentais e de direitos humanos ligados não somente a proteção da mulher, mas em especial a proteção do nascituro e das crianças, situação que vem gerando o questionamento de sua constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Segundo a Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos, que contesta o artigo 394-A, incisos II e III da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) – Decreto-Lei 5.452/1943, responsável por uma das ações diretas de inconstitucionalidade (ADI 5938) e que atualmente está em tramitação, a referida modificação consiste num inegável retrocesso no que concerne aos direitos humanos das trabalhadoras, nascituros e recém-nascidos, o que se tem como vedado no contexto de um Estado Democrático de Direito.

Isso porque, conforme se extrai da citada Ação Direta de Inconstitucionalidade, a exigência de atestado médico para o afastamento das atividades insalubres, entrega a “própria empregada gestante ou lactante o ônus de comprovar a sua condição de vulnerabilidade”, explicitando ainda:

14/11/2017 a 22/04/2018.

Sabidamente, são muitas, senão a maioria, as trabalhadoras de baixa renda e de pouca escolaridade que, ante a possibilidade de perda da remuneração a título de adicional de insalubridade, deixarão de procurar um médico para continuarem trabalhando em condições insalubres, comprometendo não só a sua saúde, mas, também, a saúde dos nascituros e dos recém-nascidos (STF, [s. d.]).

Corroborando o entendimento, a alteração do dispositivo em questão, ao permitir o trabalho da gestante e/ou lactante em locais insalubres, independente do grau de exposição, exigiria uma análise que não está restrita aos limites da área jurídica, sendo necessária uma avaliação criteriosa de equipe multidisciplinar, com o envolvimento de profissionais e estudiosos da área médica e científica (DINIZ, *apud* LISBOA, 2018, p. 147).

A busca de um estudo multidisciplinar acerca do tema estaria diretamente ligada a necessidade de averiguar prejuízos voltados não somente para a trabalhadora gestante ou lactante, mas ao feto e a criança recém-nascida quando expostos a ambientes insalubres.

Nessa esteira, Cassar defende a hipótese de que o texto aprovado, no que toca a possibilidade das trabalhadoras gestantes ou lactantes laborar em local insalubre mediante a apresentação de atestado médico, que comprove que o ambiente não afetará a saúde ou oferecerá algum risco a gestação ou à lactação, “apesar de perigoso”, esqueceu da proteção do nascituro. Por isso, entende necessária a inclusão da expressão “nascituro” no texto, visando evitar maiores prejuízos (CASSAR, 2017, p. 9).

Essa discussão acerca da possibilidade do trabalho das grávidas em local insalubre, já havia recebido contornos normativos na Convenção 136 da Organização Internacional do Trabalho no ano de 2010, quando estabeleceu a proibição de exposição de mulheres grávidas ou em estado gravídico em locais considerados insalubres, em decorrência da presença da substância benzeno (MARTINS, 2010, p. 589).

No mesmo trilhar, destacando a importância da temática, Alice Monteiro de Barros entende que a norma em questão, por se tratar de proteção a maternidade, seria norma de ordem pública (BARROS, 2010, p. 706).

Manifestando-se claramente sobre o retrocesso do artigo alterado e aqui apresentado, vale citar a posição do presidente da Associação de Magistrados da Justiça do Trabalho do Rio Grande do Sul:

É muito grave a pretensão do projeto de permitir trabalho de grávidas e lactantes em ambiente insalubre. Em uma sociedade civilizada, e que se

importa com suas crianças, as conveniências empresariais não podem se sobrepôr a valores sociais muito mais importantes. Apenas genocidas e suicidas coletivos não se importam com a perpetuação da espécie e não sei se é possível pensar em medidas mais importantes na vida de um país que proteger a saúde de bebês (TRINDADE, 2017).

Portanto, a norma ora em comento ofende vários dispositivos previstos na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional dos quais pode se destacar não somente aqueles em que violam os direitos adquiridos historicamente pela mulher gestante e/ou lactante, mas também no que toca a violação de direitos a saúde do nascituro e dos recém-nascidos, considerados pela teoria da proteção integral como pessoas que devem ser tratadas com absoluta prioridade de proteção.

1.2. DOS DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS VIOLADOS COM A INSERÇÃO DOS INCISOS II E III DO ARTIGO 394-A CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS TRABALHISTAS (CLT)

Conforme se extrai da Constituição Federal promulgada no ano de 1988, a proteção a mulher já pode ser visualizada no Ato de Disposições Constitucionais Transitórias, ao estabelecer a proteção do trabalho da mulher grávida, contra a despedida arbitrária² (BRASIL, 1988).

No contexto de proteção aos trabalhadores, o artigo 1º, inciso III, da Carta Magna, apresenta como preceito fundamental da República Federativa do Brasil o princípio da dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988).

Na mesma linha, o artigo 6º da Constituição Federal, assegura claramente a mulher gestante, a proteção a maternidade, com o reforço previsto no artigo 7º, inciso XXII, no qual estabelece como obrigação a proteção do trabalho da mulher, a busca na redução de riscos referentes a atividade laborativa, “por meio de normas de saúde, higiene e segurança” (BRASIL, 1988).

Portanto, quando a reforma trabalhista altera o artigo 394-A e permite o trabalho da mulher grávida ou lactante em local insalubre, ainda que em grau médio e mínimo, salvo com apresentação de atestado médico, fica evidente uma violação ao princípio da dignidade do trabalhador, previsto no artigo 1º, incisos III e IV, e aos direitos sociais fundamentais estabelecidos expressamente nos artigos 6º e 7º da Constituição Federal.

Com relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, Sarlet leciona:

² Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição: II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: [...] b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. (Vide Lei Complementar nº 146, de 2014)

A dignidade da pessoa humana corresponde à 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, neste 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 a sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2002, p. 60).

Para Barroso, “a dignidade da pessoa humana está no núcleo essencial dos direitos fundamentais, e dela se extrai a tutela do mínimo existencial e da personalidade humana, tanto na sua dimensão física como moral” (BARROSO, 2011, p. 276).

Daí a importância de um meio ambiente de trabalho adequado, que proporcione condições mínimas e apropriadas, evitando a exposição do trabalhador em locais insalubres, que possam ocasionar perigo a sua condição física e mental, destacando a obrigação do empregador em acompanhar a saúde do empregado (NASCIMENTO, 2009, p. 850)

Com relação a violação de aspectos constitucionais, vale ressaltar ainda as razões exaradas pela Confederação Nacional dos Metalúrgicos na petição inicial da ADIN 5938, no que toca a valorização do trabalho humano e a existência da existência digna, prevista no artigo 170 da Lei Maior. De mais a mais, também restou violado o art. 170 da Constituição Federal, regra matriz da ordem econômica do Estado Brasileiro, uma vez que o ato impugnado desprestigia a valorização do trabalho humano e a asseguarção à existência digna ao obrigar as gestantes e lactantes a trabalharem em atividades consideradas insalubres.

Relacionado ao direito a saúde de todos, é prudente citar o título VII da Carta Maior, que apresenta um capítulo destinado a ordem social, estabelecendo inicialmente que “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais” (artigo 193), explicitando, em seguida, no artigo 196 do texto constitucional, que assuntos relacionados a saúde, além de universais, devem ser distribuídos de forma igual por representarem um direito humano de todos, sendo dever do Estado, a garantia e implementação de políticas públicas e econômicas destinadas a “redução do risco de doença e de outros agravos” (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, no que tange à violação constitucional, provocada pelo disposto no artigo 394-A, importante frisar os Enunciados 50 e 55, apresentados na 2ª Jornada de Direito Material Processual do Trabalho:

Trabalhadora gestante e lactante. Art. 394-A da CLT. A autorização legal permitindo o trabalho da gestante e lactante em ambiente insalubre é in-

constitucional e inconveniente porque violadora da dignidade humana, do direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho, da proteção integral ao nascituro e à criança e do direito social à saúde. Ademais, o meio ambiente do trabalho saudável é direito fundamental garantido pela constituição da república, revestido de indisponibilidade absoluta. Incidência dos arts. 1º, III; 6º; 7º, XXII; 196; 200; 201, II; 203, I; 225; 226 e 227 da Constituição Federal; Convenção 103 e 183 da OIT; arts. 25, I e II.

Trabalhadora gestante e irrenunciabilidade de direitos do nascituro. Impossibilidade de negociação do enquadramento da insalubridade e prorrogação de jornada em condições insalubres. Interpretação restritiva do artigo 444, parágrafo único, da CLT. Com o intuito de proteger a vida do nascituro, não poderão ser objeto de livre estipulação, no contrato de trabalho, direitos estabelecidos na constituição federal que afetem sua integridade, sendo proibida a negociação pela trabalhadora gestante, ainda que “hipersuficiente”, do enquadramento da insalubridade em grau inferior ou da prorrogação de jornada sob condições insalubres.

Adotando o mesmo posicionamento, com relação ao estado gravídico da mulher e a vulnerabilidade do feto, vale citar:

Uma vez grávida, a trabalhadora não está mais sozinha, pois carrega consigo um (ou mais de um) ser sensível a todas as variações dos ambientes interno e externo. Além disso, as fantásticas modificações biológicas, físicas e psíquicas que ocorrem com a gestante, ao mesmo tempo em que preparam e fortalecem para o parto, também a fragilizam, podendo limitar de maneira variada suas atividades, além de torná-la mais sensível em relação a dinâmica social, às relações interpessoais e aos agendamentos de risco ocupacional (PUSTIGLIONE, apud LISBOA; MUNHOZ, 2018, p. 148).

Além da discussão envolvendo o prejuízo a saúde da gestante e lactante, é inegável a necessidade premente de se reforçar institutos básicos de proteção a criança e ao adolescente, totalmente desprezados com as alterações dispostas nos incisos II e III do artigo 394-A da Consolidação das Leis Trabalhistas, dentre os quais vale citar os direitos inerentes a proteção do nascituro e da criança, já amplamente preconizados com a Teoria da Proteção Integral.

1. 3. DOS DIREITOS INERENTES AO NASCITURO E A CRIANÇA VIOLADOS COM A INSERÇÃO DOS INCISOS II E III DO ARTIGO 394-A DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS TRABALHISTAS (CLT)

Seguindo a mesma linha de raciocínio, ao realizar uma breve releitura do artigo 394-A, em especial incisos II e III, recentemente alterado, constata-se um

estímulo a realização do trabalho em locais insalubres das gestantes e lactantes, fato que por si só acaba gerando uma problematização que envolve não somente as mulheres, mas acima de tudo, a saúde do nascituro e das crianças, envolvendo consequentemente direitos indisponíveis, amplamente difundidos na doutrina, legislação infraconstitucional e constitucional e consagrados pela teoria da proteção integral.

Afinal de contas, quando se trata do início da personalidade civil da pessoa natural, mesmo que o tema ainda não seja pacificado, segundo o Código Civil, parte da doutrina e a recente posição do Superior Tribunal de Justiça, prevalece a teoria concepcionista, no qual considera o nascituro um sujeito de direitos, detentor de uma proteção jurídica inviolável, não podendo seus direitos serem objetos de transação, especialmente nas questões que envolvam a saúde física e emocional (TARTUCE, 2007, p. 102).

Esse entendimento é corroborado com o Enunciado 547 do Superior Tribunal de Justiça, publicado no mês de setembro do ano de 2014:

Assim, o ordenamento jurídico como um todo (e não apenas o CC) alinhou-se mais à teoria concepcionista – para a qual a personalidade jurídica se inicia com a concepção, muito embora alguns direitos só possam ser plenamente exercitáveis com o nascimento, haja vista que o nascituro é pessoa e, portanto, sujeito de direitos – para a construção da situação jurídica do nascituro, conclusão enfaticamente sufragada pela majoritária doutrina contemporânea. Além disso, apesar de existir concepção mais restritiva sobre os direitos do nascituro, amparada pelas teorias natalista e da personalidade condicional, atualmente há de se reconhecer a titularidade de direitos da personalidade ao nascituro, dos quais o direito à vida é o mais importante, uma vez que, garantir ao nascituro expectativas de direitos, ou mesmo direitos condicionados ao nascimento, só faz sentido se lhe for garantido também o direito de nascer, o direito à vida, que é direito pressuposto a todos os demais. Portanto, o aborto causado pelo acidente de trânsito subsume-se ao comando normativo do art. 3º da Lei 6.194/1974, haja vista que outra coisa não ocorreu, senão a morte do nascituro, ou o perecimento de uma vida intrauterina (REs 1.415.727-SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 4/9/2014).

Reforçando o entendimento de direitos do nascituro e seus direitos antes do nascimento com vida, explorando o artigo 2º do Código Civil (Lei 10.406/2002)³, o enunciado da I jornada de Direito Civil, dispõe que “A proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos da perso-

³ Art. 2. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (BRASIL, 2002).

nalidade, tais como: nome, imagem e sepultura.” Isso porque, o objetivo é justamente proteger aqueles que se encontram em posição extremamente vulnerável, necessitando de condições humanas básicas de sobrevivência.

No presente ponto, no que toca aos riscos envolvendo o trabalho da mulher em ambientes insalubres, vale destacar o estudo realizado pelo médico pesquisador Pustiglione, no qual evidenciou que:

Os agentes insalubres podem causar impactos negativos à gestante, à lactante e à criança, havendo necessidade de um regramento cogente quanto ao trabalho da mulher, gestante ou lactante, e atividades insalubres. No âmbito internacional, inclusive, isso é reconhecido no artigo 3º da Convenção n. 183, da Organização Internacional do Trabalho – OIT, de 2000, ainda não ratificada no Brasil (DINIZ, *apud* LISBOA; MUNHOZ, 2018, p. 151).

Nesse sentido, diante de evidências médicas claras de que o trabalho da mulher grávida e lactante em lugares insalubres prejudica não somente seu desenvolvimento enquanto adulto capaz, mas também do feto e/ou da criança recém-nascida, sujeitos esses extremamente vulneráveis, cumpre-se, nesse último aspecto, destacar a ofensa ainda a Teoria da Proteção Integral.

A Teoria da Proteção Integral foi consagrada constitucionalmente no artigo 227 e recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro com base na Declaração Universal dos Direitos das Crianças de 1959, recebendo reforço da Convenção sobre os Direitos da Criança, no ano de 1989, ao deixar explicitado que a criança gozará de uma proteção especial, passando a ser considerada ser primordial (LIMA, 2001, p. 215).

Contudo, deve-se observar que com relação ao sistema de proteção internacional dos direitos das crianças, prevalece a necessidade do atendimento de suas necessidades básicas em caráter de “Prioridade ou Primazia Absoluta” (LIMA, 2001, p. 216).

Como se isso não bastasse, como normas basilares, dentre outros, é preciso ressaltar que a Teoria da Proteção Integral preconiza o princípio do interesse Superior da Criança, bem como o direito à vida que devem prevalecer sobre qualquer outro, ou seja, não podem ser negociados (SOUZA, 2016, pag. 68).

Com relação ao direito a vida, é fundamental destacar o seu preceito fundamental garantido pelo Estado Democrático de Direito, no artigo 5º da Constituição Federal atual (BRASIL, 1988).

Nesse trilhar, ao tratar dos direitos humanos fundamentais, Salert entende que os mesmos representam “a essência do Estado Constitucional, represen-

tando não apenas parte da Constituição formal, mas reverberando um elemento central da Constituição material.” (SARLET, 2006, p.42).

A propósito, o constitucionalista Paulo Bonavides, defende que o direito fundamental e social a saúde, preconizado na Lei Maior brasileira, seria um direito de segunda geração, ou seja, direito de cunho prestacional, no qual o Estado precisa atuar de forma positiva para sua real garantia (BONAVIDES, 2000, p. 525).

Portanto, tendo em vista a relevante teoria da proteção integral e sua indisponibilidade, interessante destacar os ensinamentos de Souza com relação aos artigos 227 da Constituição Federal e artigo 4º do Estatuto da Criança e Adolescente, especialmente no que toca ao princípio da prioridade absoluta:

Portanto, a prioridade absoluta abrange os interesses de crianças e adolescentes e tem por precedência sua exigibilidade em razão da condição de sujeitos de direitos e em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. A afirmação tanto no disposto do artigo 227 da Constituição Federal de 1988 e sua elucidação estão claras no artigo 4º, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que dispõe: a) a primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) a precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e juventude (SOUZA, 2016, p. 72).

Acerca do tema, vale citar ainda:

O sentido e o alcance sócio-jurídico do Princípio da Prioridade Absoluta implica necessariamente o fato de que crianças e adolescentes deverão estar sempre em primeiro lugar na escala das preocupações da família, da comunidade, do Poder Público e da sociedade em geral. Outra não pode ser a compreensão da de responsabilidade compartilhada entre estes diversos segmentos e entes sociais, em face dos direitos fundamentais, das necessidades básicas e dos interesses infanto-juvenis que o Direito da Criança e do Adolescente contempla (LIMA, 2001, p. 217).

Corroborando e complementando o entendimento apresentado constitucionalmente com relação ao dever de proteção e prioridade absoluta da vida e saúde da criança e adolescente, o artigo 7º do Estatuto da Criança e Adolescente reafirma a necessidade de proteção “mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência” (BRASIL, 1990).

Nesse sentido, Ramidoff ressalta que deve ocorrer uma vontade política e social objetivando o cumprimento dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, proporcionado dessa forma, uma condição digna de existência, devendo o direito à vida e à saúde ser encarado como inerentes à própria condição humana da pessoa que se encontra numa das peculiares fases de sua existência, isto é, na infância ou na juventude (RAMIDOFF, 2007, p. 251):

A violência que se opera no âmbito social infanto-juvenil se inscreve, assim, no marco do desrespeito à dignidade humana, haja vista que ofende os direitos mais mezinhos à personalidade daquelas pessoas que se encontram na condição peculiar de desenvolvimento, como, por exemplo, o direito à saúde, isto é, ao bem-estar físico, psíquico e social, segundo Juarez Cirino dos Santos, “em condições de liberdade e de dignidade” consoante disposto no art. 3º, do Estatuto; senão, aplicáveis a todos aqueles direitos individuais fundamentais que devem ser assegurados, com absoluta prioridade, e, então, descritos no art. 4º, do Estatuto, quais sejam: a vida, a saúde, a alimentação, a educação, o esporte, o lazer, a profissionalização, a cultura, a dignidade, o respeito, a liberdade e a convivência familiar e comunitária (RAMIDOFF, 2007, p. 264).

Por fim, diante dos estudos médicos apresentados até o momento, bem como diante dos vários de questionamentos acerca da violação de dispositivos constitucionais, consubstanciada nas alterações apontadas nos incisos II e III do artigo 394-A, em observância a teoria da proteção integral consagrada no ordenamento, resta evidente a precoce aprovação do texto Trabalhista, havendo a necessidade do enfrentamento imediato da questão, com a possível decretação da inconstitucionalidade do dispositivo em questão, em homenagem a preservação de direitos fundamentais como a vida e a saúde da trabalhadora e do nascituro, consagrando-se o princípio maior da dignidade humana.

CONCLUSÃO

Diante de toda a problematização envolvendo a recente reforma trabalhista, imprimida pela Medida Provisória 808/17, Leis 13.660/18 e 13.467/2017, pode ser observada a fragilidade de determinados dispositivos aprovados, em especial no que toca a proteção do trabalho da mulher.

Isso porque, embora muitos estudiosos apontem na Reforma Trabalhista um momento de modernização da legislação brasileira, quando se trata do trabalho das mulheres, as polêmicas envolvendo as situações das gestantes e lactantes, com a vigência do artigo 394-A é bem diferente.

Nesse cenário atual, a possibilidade de mulheres gestantes e lactantes trabalharem em locais insalubres, ainda que em grau médio ou mínimo, evidenciam a existência de um debate jurídico urgente, por afrontar princípios constitucionais básicos inerentes a proteção de direitos humanos fundamentais não somente da mulher trabalhadora, mas especialmente ligados aos direitos prioritários do nascituro e das crianças, sujeitos indefesos nessa relação contratual.

Isso ocorre, tendo em vista que a reforma trabalhista foi aprovada em regime de urgência e ratificada sem a apresentação de estudos prévios em determinados pontos, deixando de lado conquistas alcançadas por trabalhadores durante um longo processo histórico.

Por essas razões, é preciso compreender e analisar criticamente a flexibilização de direitos trabalhistas vinculados as mulheres gestantes e lactantes, visando dessa forma uma atuação consciente e firme dos operadores do Direito, em especial o Poder Judiciário, no sentido de corrigir aspectos que ofendem princípios basilares destacados e muito bem fundamentados com a Teoria da Proteção Integral, ligados ao atendimento prioritário dos nascituros e das crianças, considerados sujeitos vulneráveis e desprotegidos nas relações de trabalho e que devem ser tratados com prioridade absoluta, coibindo dessa forma atos atentatórios aos direitos fundamentais a vida e a saúde, objetivando assim uma reflexão para a real proteção do trabalho da mulher gestante e lactante no âmbito das relações de trabalho.

REFERÊNCIAS

- BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2016
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 11. ed. rev., atual e ampl São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 315 p.
- BRASIL. Presidência da República. *Decreto-Lei Nº 5.452*, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: . Acesso em: 05 mai 2018.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- CASSAR, Vólia Bonfim. *Breves Comentários às principais alterações proposta pela reforma trabalhista*. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/05/09/brevescomentarios-principais-alteracoes-propostas-pela-reforma-trabalhista/>. Acesso em: 08 ago 2017.
- DEJOURS, C. A. *banalização da injustiça social*. Rio de Janeiro: FGV, 2000.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- GOLDSCHMIDT, R.; RENCK, M. H. P. *Discriminação contra as mulheres no trabalho e ações afirmativas* - [recurso eletrônico]. Curitiba: Multideia, 2016. 80p.

- GOLDSCHMIDT, Rodrigo. *Flexibilização dos direitos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2009.
- LIMA, Miguel Moacyr Alves. *O Direito da Criança e Adolescente: Fundamentos para uma Abordagem Princiopiológica*. 2001. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. 2001.
- LISBOA, Daniel; MUNHOZ, José Lúcio. *Reforma Trabalhista Comentada por Juizes do Trabalho*: Artigo por artigo. Atualizada até o fim da vigência da MP 808/17 e Lei 13.660/18. São Paulo: LTR, 2018. 588 p.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 316.
- MARTINS, S. P. Direito do trabalho. São Paulo: Atlas, 2014. p. 887.
- MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho* 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 808.
- MORAES, A. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008. 900 p.
- NASCIMENTO, A. M. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 1415 p.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: Acesso em: 08 ago. 2017.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). *Convenção nº 111 - Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação*.
- RAMIDOFF, Mario Luiz. *Direito da Criança e do Adolescente: Por uma propedêutica jurídico - Protetiva Transdisciplinar*. 2007. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2007. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp037625.pdf>. Acesso em: 04 abr. 2019.
- SALES, Cleber Martins; BRITO, Marcelo Palma de; NETO, Platão Teixeira de Oliveria; FONSECA, Rodrigo Dias. *Reforma Trabalhista Comentada*. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2018.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Curso de direito constitucional*. 3.ed., rev., atual e ampl. 1407 p.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p
- SOUZA, Ismael Francisco de. *O reordenamento do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI): estratégias para concretização de políticas públicas socioassistenciais para crianças e adolescentes no Brasil*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, 2016.
- TARTUCE, Flávio. *A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no direito brasileiro*. Disponível em: [http://www.idclb.com.br/revistas/33/revista33%20\(9\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/33/revista33%20(9).pdf). Acesso em: 01 fev. 2020.
- TRINDADE, Rodrigo. *Reforma Trabalhista - 10 novos princípios do Direito Empresarial do Trabalho*. Disponível em: <http://www.amatra4.org.br/79-uncategorised/1249-reformatrabalhista-10-novos-principios-do-direito-empresarial-do-trabalho>. Acesso em: 04 nov. 2018.