

# **O PARADOXO DAS LEIS CRIADAS EM BENEFÍCIO DAS MULHERES NO MERCADO DE TRABALHO: BREVES COMENTÁRIOS DOS EFEITOS REVERSOS DE UMA LEGISLAÇÃO EM DESACORDO À ATUAL REALIDADE LABORAL\***

## ***THE PARADOX OF LAWS CREATED FOR THE BENEFIT OF WOMEN IN THE LABOR MARKET: BRIEF COMMENTS ABOUT THE REVERSE EFFECTS OF LAW IN DISAGREEMENT WITH THE CURRENT LABOR REALITY***

Ana Carolina dos Santos\*\*

### **RESUMO**

O presente estudo faz uma breve análise acerca das leis criadas em favor da mulher e quais os reflexos negativos destas normas nas suas relações de trabalho. Para tanto, foi realizada a análise da redação dada ao art. 394-A da CLT, pelo texto original da Lei 13.467/2017, tendo posteriormente passado por diversas modificações até chegar à previsão atual vigente acerca do trabalho insalubre/perigoso realizado pela gestante e lactante. Sob esta ótica, o estudo debruça-se sobre alguns dos possíveis efeitos prejudiciais causados às mulheres que, teoricamente, deveriam ser as mais beneficiadas; todavia, na prática, não é o que ocorre. Para tanto, foram estudados posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, além de dados estatísticos de renomados institutos acerca do tema. O estudo acaba por revelar que algumas leis, quando não bem posicionadas, podem causar efeito reverso, seja em razão de lacunas e contrariedades que tornam as normas inaplicáveis e ineficazes, seja por ultrapassarem os limites constitucionais quando

---

\* Artigo enviado em 02.05.2021 e aceito em 29.09.2021.

\*\* Advogada. Bacharel em Direito pela FEAD/MG. Pós-graduada em Advocacia Trabalhista pela Escola Superior de Advocacia da OAB/MG e pós-graduada em MBA de Governança, Riscos e Compliance pelo CEDIN. E-mail: anacsantos93@hotmail.com.

interferem em nome da “liberdade econômica”, flexibilizando normas trabalhistas em face dos direitos sociais fundamentais garantidos. Todas estas questões serão consideradas, inclusive, sob a perspectiva do atual modelo de trabalho do século XXI.

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

### **ABSTRACT**

*The present study aims at a brief analysis of the laws created in favor of women and how they ended up affecting them on the labor relations. The purpose is do an analysis of the wording given to art. 394-A, CLT, by the original text of Law 13.467/2017, wich having subsequently undergone several modifications to reaching the current forecast in force about the insalubrity/dangerous work performed by pregnant and breastfeeding women. From this perspective, the study focuses on some of the possible harmful effects caused to women who, theoretically, should be the most benefited, however, in practice, this is not the case. Therefore, doctrinal positions and jurisprudence were studied, as well as statistical data from renowned institutes about the subject. The study ends up showing that some laws, when not well positioned, can have a reverse effect, either due to gaps and setbacks that make the rules inapplicable and ineffective, or because they exceed constitutional limits when they interfere in the name of “economic freedom”, making labor standards more flexible in the face of guaranteed fundamental social rights. All these issues considered, even from the perspective of the current work model of the 21st century.*

**Keywords:** Pregnant. Lactant. Insalubrity. Constitutionality. Labor Reform.

### **SUMÁRIO**

- 1 INTRODUÇÃO**
- 2 A PROPOSTA DA REDAÇÃO ORIGINAL DO ART. 394-A DA CLT E SUAS IMPLICAÇÕES NO MERCADO DE TRABALHO PARA AS MULHERES**

- 2.1 Os efeitos imediatos decorrentes da aplicação da referida norma segundo o texto original
  - 2.2 Afastamento da gestante com a percepção do salário maternidade x Falta de fonte de custeio
  - 2.3 A diferença entre local de trabalho insalubre e atividade insalubre
  - 2.4 A equiparação salarial
  - 2.5 Ausência de disposição acerca do trabalho periculoso
  - 2.6 O possível efeito reverso que seria gerado em razão do texto original do art. 394-A da CLT
  - 2.7 O modelo de trabalho no século XXI e o trabalho da mulher gestante e lactante
- 3 **CONSIDERAÇÕES FINAIS**
- REFERÊNCIAS

## 1 INTRODUÇÃO

A discriminação no mercado de trabalho em razão do gênero é uma realidade. E ela se torna ainda mais evidente quando comparada às disparidades entre oportunidade, reconhecimento e remuneração oferecida às mulheres e, ainda maior, àquelas que são mães.

Em que pese a existência dos mandamentos constitucionais acerca da não discriminação em razão do gênero, a garantia de equiparação de direitos trabalhistas entre homens e mulheres, bem como as políticas públicas adotadas neste sentido não são suficientes para satisfazer a igualdade almejada.

Não obstante os inúmeros obstáculos encontrados na implementação e execução efetiva destas medidas, o Estado se mostra, por vezes, falho, quando cria leis que são incapazes de superar a desigualdade ou que até mesmo acabam por causar efeito contrário ao esperado, evidenciando e propiciando ainda mais a exclusão da mulher do mercado de trabalho.

A título de exemplo, cita-se a então proposta da redação inicial do art. 394-A da CLT, quando da promulgação da Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) em 11/11/2017. Inicialmente, referido dispositivo trazia a possibilidade da realização do trabalho insalubre pela gestante e lactante - o que, nas palavras de Rabêllo de Almeida (2019), trata-se de “[...] flagrante agressão ao princípio da vedação do retrocesso social”,

por ferir não só a proteção à maternidade, como também interferir nas regras de proteção no ambiente de trabalho.<sup>1</sup>

Tal previsão, ao arripio dos direitos e garantias fundamentais, levantou grandes debates e reflexões acerca da condição da mulher no mercado de trabalho, exigindo da sociedade um olhar voltado para uma realidade vivenciada diariamente, porém, constantemente negligenciada.

Serão expostos alguns efeitos, imediatos e futuros, passíveis de incidir não só nas relações particulares, como em toda a sociedade, decorrentes desta previsão legal. Também serão apresentadas as medidas tomadas, principalmente no âmbito do Poder Judiciário através de julgados, desde a promulgação da lei até os dias atuais, a fim de que referida norma se ajuste à realidade fática da relação de trabalho, além de fomentar a reflexão a respeito das ações que podem ser evitadas ou promovidas para que se atinja o equilíbrio harmônico entre a efetivação dos direitos sociais concomitante às necessidades do direito econômico.

## **2 A PROPOSTA DE REDAÇÃO ORIGINAL DO ART. 394-A DA CLT E SUAS IMPLICAÇÕES NO MERCADO DE TRABALHO PARA A MULHER**

A fim de aclarar e nortear as considerações inicialmente apresentadas, cita-se a redação original do art. 394-A da CLT quando da promulgação da Lei 13.467/2017:

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

---

<sup>1</sup> ALMEIDA, Ana Clara Guimarães Rabêllo de; ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêllo de. O trabalho da mulher à luz da Lei 13.467/2017: o desempoderamento do gênero feminino. In: CAMARANO, Alessandra; MESQUITA, Arlete; SOUZA, Karlla Patrícia de. *Feminismo, pluralismo e democracia*. Belo Horizonte: Editora RTM, 2019. p. 25-36.

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 (VETADO)

§ 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.

O art. 394-A foi incluído na CLT para autorizar o labor da gestante e lactante em local insalubre, bem como regulamentar - porém, não de forma exaustiva - a forma como este trabalho se daria.

Antes, neste sentido, havia tão somente a disposição generalizada do art. 394 da CLT que possibilitava à mulher grávida o rompimento de qualquer contrato de trabalho, desde que este implicasse prejuízo à gestação.

Na referida redação original, o legislador, além de permitir o labor da gestante em local insalubre (grau mínimo e médio), também permitia o trabalho da lactante em local insalubre em graus mínimo, médio e até máximo, de acordo com os requisitos específicos listados.

Antes de sofrer modificações, o art. 394-A da CLT, com redação original dada pela Lei 13.467/2017, mostrou-se um tanto quanto complexo e de difícil aplicação, culminando na edição da Medida Provisória 808/2017 que determinava o afastamento da gestante de atividades insalubres sem o pagamento do adicional de insalubridade, além de permitir o seu trabalho insalubre (em grau médio e mínimo) somente mediante atestado emitido por médico de sua confiança, do

sistema privado ou público de saúde, que autorizasse a sua permanência no exercício de suas atividades.

Tais previsões deixaram de ser aplicadas em 23/04/2017, quando a Medida Provisória teve seu prazo de vigência encerrado.

Veremos ao longo do estudo realizado que, mesmo após tantas idas e vindas do legislador, o art. 394-A da CLT ainda continuou a causar estranheza e instabilidade entre as partes da relação de emprego, ensejando, posteriormente, a participação do STF no controle de sua constitucionalidade.

Isto porque, além de ser norma de saúde e segurança do trabalho, o referido dispositivo também está vinculado à vida da gestante e de seu filho, provocando debates acalorados e polêmicos sob as óticas da liberdade econômica (que defende menos intervenção do Estado nas relações entre os indivíduos) e da prevalência das tutelas da vida, da saúde e da não discriminação em razão do gênero garantidas pelo Estado.

O exemplo deste dispositivo é apenas um dos inúmeros casos que acabam por gerar discriminação ainda maior em detrimento das mulheres no mercado de trabalho, sendo extremamente importante a análise holística acerca deste tema tão delicado e polêmico, com alto potencial de causar reflexos de cunho majoritariamente negativo inimagináveis - ou até mesmo previsíveis -, porém completamente ignorados pelo legislador.

## **2.1 Os efeitos imediatos decorrentes da aplicação da referida norma segundo o texto original**

A primeira preocupação que se deve ter tanto no momento da elaboração de um projeto de lei, quanto antes de sua aprovação, é em relação aos seus efeitos imediatos na sociedade.

Na maioria das vezes, o legislador não dita um “plano B ou C” para cada caso concreto, cabendo aos destinatários se ajustarem na medida em que teses doutrinárias e jurisprudenciais acerca do assunto vão se consolidando.

A previsão trazida no art. 394-A da CLT era de que a gestante/lactante seja remanejada para trabalho em local salubre quando houver um atestado que a desautorize a permanecer exercendo aquele labor.

Em determinados setores em que não houver vagas suficientes disponíveis para tanto, o remanejamento se tornará impossível, inviabilizando, tanto para o empregador quanto para a empregada, a manutenção do emprego. Certamente, o empregador não terá condições de custear salários à empregada que não produz - e, conseqüentemente não gera lucros -, assim como a empregada se verá impossibilitada de exercer seu trabalho com dignidade, uma vez que estará exposta à condição de imprestabilidade em seu ambiente de trabalho, sequer podendo exercer atividade para a qual é capacitada ou mesmo atividade correlata.

Ademais, no texto original havia também a previsão de apresentação de atestado médico pela empregada gestante e lactante que autorizasse ou proibisse o trabalho insalubre nas condições específicas.

Todavia, nas palavras de Soares, Hoogerheide e Pereira (2017), tal previsão impunha à trabalhadora o ônus da averiguação de suas condições de trabalho, uma vez que não foi levado em consideração o fato de que o médico - por mais que seja de confiança da trabalhadora, conforme exigia o texto legal - além de não conhecer o local de trabalho de sua paciente, na maioria das vezes também não possui conhecimento técnico sobre as normas de segurança do trabalho para atestar com precisão e segurança as condições às quais a empregada estaria de fato exposta.

Neste sentido há, inclusive, interessantes questionamentos levantados por outros autores a respeito não só da condição do “médico de confiança” determinado pelo legislador, como também das conseqüências que um atestado conferido de maneira inadequada pode resultar.

Na visão de alguns pesquisadores do tema, é preciso analisar minuciosamente como tal procedimento ocorreria na realidade fática da relação de trabalho. Há questões pendentes como: (i) quem seria o médico responsável pela emissão do atestado; (ii) se este médico deve ser habilitado como médico do trabalho; (iii) se as atividades insalubres, quando exercidas pelas gestantes, gerariam maiores afastamentos em razão da maior susceptibilidade a condições nocivas à saúde; (iv) ou até mesmo os efeitos futuros desta exposição à insalubridade nas próprias trabalhadoras e em seus filhos:

Ao prever que a mulher gestante e lactante pode trabalhar em local exposto a agentes insalubres, o legislador determinou a apresentação de laudo médico de confiança da mulher. Pois bem. A primeira pergunta que poderia surgir é se esse médico precisa ter alguma qualificação específica sobre segurança no trabalho. Isso porque, ao atestar a permissão para o trabalho nesses locais, o médico estaria dando uma garantia de proteção tanto para a mulher quanto para o feto ou o bebê durante a amamentação. Um médico que não tenha conhecimento específico acerca do tema seria capaz de fornecer tal atestado? Acredita-se que não. Isso gera como consequência que grávidas e lactantes possam adoecer mais frequentemente, justamente em razão dessa exposição e, a partir disso, necessitem de um afastamento ainda maior de seus postos de trabalho. Se deparando com esse tipo de situação, a tendência é que as empresas venham a diminuir a contratação de mulheres, e não aumentar, ocasionando um efeito inverso ao desejado pelo legislador. Insta ressaltar que não apenas a saúde da mulher estará em risco, mas também dos nascituros e recém-nascidos que podem ser afetados por agentes contaminantes de adoecimento. Qual a consequência disso? Mulheres abandonando seus empregos para cuidarem dos filhos doentes ou até mesmo necessitando de longos afastamentos em razão de doenças como a depressão, por exemplo, ocasionadas pelo estado de saúde dos filhos. (COLLANERI, Carla Lourenço Tavares. *A gestante em atividades insalubres: proteção ou discriminação?* Uma visão acerca da legislação após as recentes alterações trazidas pela reforma trabalhista. *Âmbito Jurídico*. 2018).<sup>2</sup>

Há, ainda, aqueles que discorrem a respeito dos reflexos na Previdência Social, tanto durante a gestação, com o aumento de pedidos de prorrogação do afastamento, quanto posteriormente com

---

<sup>2</sup> COLLANERI, Carla Lourenço Tavares. *A gestante em atividades insalubres: proteção ou discriminação? Uma visão acerca da legislação após as recentes alterações trazidas pela reforma trabalhista*. *Âmbito Jurídico*. 2018. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-do-trabalho/a-gestante-em-atividades-insalubres-protecao-ou-discriminacao-uma-visao-acerca-da-legislacao-apos-as-recentes-alteracoes-trazidas-pela-reforma-trabalhista/>. Acesso em: 01 set. 2019.

os eventuais problemas de saúde tanto da gestante quanto do(a) filho(a) concebido(a), decorrentes de tal exposição.

Uma das alternativas para solucionar o problema do atestado poderia ser, por exemplo, a exigência de um médico também qualificado em Medicina e Segurança do Trabalho, com a realização de uma inspeção *in loco* a fim de garantir maior confiabilidade e validação ao atestado tanto na qualidade permissiva quanto negativa para o trabalho em local insalubre da gestante. Tudo isto custeado pelo Estado, uma vez que a este cabe tutelar a proteção do trabalhador, além de ser plenamente cabível e aceitável economicamente tal encargo, em razão da alta carga tributária já imposta tanto ao empregado quanto ao empregador.

## **2.2 Afastamento da gestante com a percepção do salário maternidade x Falta de fonte de custeio**

Em um mundo ideal, o melhor seria que as trabalhadoras gestantes e lactantes jamais tivessem que realizar atividade insalubre. Todavia, a necessidade de sobrevivência através do trabalho e a impossibilidade de um remanejamento satisfatório neste sentido exigem a adequação das normas que regulamentam esta relação à realidade e a adoção de medidas que viabilizem esta condição.

Em um primeiro momento, a primitiva redação do art. 394-A da CLT gerou bastante controvérsia quanto ao pagamento do adicional de insalubridade à gestante, quando esta estivesse afastada do trabalho insalubre.

Por fim, após a decadência da MP 808/2017 que retirava a percepção do adicional da trabalhadora em caso de afastamento, restou determinada a concessão do referido adicional pelo § 2º do citado preceito legal, sendo o adicional, neste caso, pago inicialmente pelo empregador, que terá a possibilidade de compensá-lo do valor das contribuições previdenciárias mensalmente recolhidas pela empresa em um momento posterior.

Já o § 3º da norma em tela dispunha sobre as situações nas quais não há como remanejar a grávida ou lactante para local salubre, sendo, nestes casos, a empregada afastada com a percepção do salário-maternidade durante todo o período de afastamento, na condição de “gravidez de risco”.

A título de exemplo, analisando a redação original do dispositivo ora estudado do ponto de vista da categoria dos enfermeiros, classe considerada como uma das mais afetadas por referida previsão legal original - primeiramente, por lidar constantemente com atividades insalubres por agentes biológicos em grau médio e máximo e, segundo, por abarcar predominantemente trabalhadoras do sexo feminino -, se ocorresse o afastamento da gestante pelo art. 394-A antes do período de licença-maternidade, presumir-se-ia que a empregada se encontraria em vulnerabilidade extrema durante todo período de 120 dias da licença-maternidade. Sendo assim, a supressão do pagamento do adicional, outrora habitual, trará possíveis embaraços financeiros para a trabalhadora que dele depende (RIBEIRO, 2018).<sup>3</sup>

Mesmo antes da promulgação da Lei 13.467/2017, o Fórum Nacional de Enfermagem, composto pelas entidades representativas COFEN (Conselho Federal de Enfermagem), CNTS (Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde), ABEN (Associação Brasileira de Enfermagem), ANATEN (Associação Nacional dos Auxiliares e Técnicos de Enfermagem), FNE (Federação Nacional dos Enfermeiros), Executiva Nacional dos Estudantes de Enfermagem, já havia se posicionado contrário a tal previsão legal.<sup>4</sup>

O posicionamento da Confederação Nacional de Saúde, por sua vez, é no sentido de que a recente decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 5938, que declarou a inconstitucionalidade de parte dos incisos II e III do art. 394-A da CLT, agravou ainda mais a situação dos segmentos da saúde, uma vez que, segundo dados do CAGED, 75% do efetivo da mão de obra no setor são mulheres.

Segundo a entidade que representa todos os estabelecimentos de serviços de saúde no Brasil, tal agravamento se dá porque tal proibição pode resultar para o setor um afastamento de, no mínimo, 15 meses, sendo 9 de gestação e mais 6 de amamentação, da profissional de saúde gestante.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> RIBEIRO, 2018, p. 66. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/26241/1/GIOVANA%20AUGUSTA%20DA%20SILVA%20RIBEIRO.pdf>. Acesso em: 11 out. 2021.

<sup>4</sup> COFEN - Conselho Federal de Enfermagem. Disponível em: [http://www.cofen.gov.br/medida-provisoria-da-reforma-trabalhista-pode-sofrer-alteracoes\\_58667.html](http://www.cofen.gov.br/medida-provisoria-da-reforma-trabalhista-pode-sofrer-alteracoes_58667.html). Acesso em: 11 out. 2021.

<sup>5</sup> CNSaúde - Conselho Nacional de Saúde. Disponível em: <http://cnsaude.org.br/cnsaude-debate-modernizacao-das-normas-de-seguranca-e-saude-no-trabalho/>. Acesso em: 10 out. 2021.

A grande questão levantada neste caso versa sobre aspectos formais legislativos que devem ser observados em razão de algumas regras exigidas quando da concessão de benefícios relativos à seguridade social.

A previsão constitucional contida no § 5º do artigo 195 da CRFB/88 dispõe que nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

Neste sentido, há uma interessante explanação de Maria da Conceição Maia Pereira (2019) acerca do assunto, no qual é explicada a impossibilidade formal da efetiva aplicação do § 3º do art. 394-A da CLT, tendo em vista a vedação à criação, majoração ou extensão de benefício ou serviço da seguridade social, sem a correspondente fonte de custeio.<sup>6</sup>

Sendo assim, se não existe previsão legal que estipule os requisitos e limites objetivos e subjetivos para a concessão de licença-maternidade na hipótese prevista no artigo 394-A da CLT, a concessão de tal benefício torna-se passível de muitas controvérsias.

Dessa forma, verifica-se que as dificuldades do legislador vão além das particularidades dos casos concretos do dia a dia nas relações de trabalho. Há também aspectos formais a serem observados quando da concessão de novos benefícios sociais como pretendido em um primeiro momento. Aqui, mais uma vez, esbarra-se em uma situação que, caso perpetuada, exigiria longos debates judiciais acerca do tema, provavelmente ficando a cargo do Poder Judiciário a pacificação do entendimento e a regulamentação da conduta das partes envolvidas. Isso, infelizmente, pode demandar anos, gerando prejuízos para as mulheres que se encontrarem em tal situação.

### **2.3 A diferença entre local de trabalho insalubre e atividade insalubre**

Outra questão importante a ser analisada não só em razão do tema apresentado, como também para todo trabalho insalubre exercido

---

<sup>6</sup> PEREIRA, Maria da Conceição Maia. *Visão crítica do artigo 394-A da CLT: proibição do trabalho da gestante ou lactante em ambiente insalubre*. 94 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde da Universidade FUMEC, Belo Horizonte, 2017. Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/handle/11103/39444>. Acesso em: 01 set. 2019.

por qualquer pessoa, é a diferenciação conceitual entre o local de trabalho insalubre e a função insalubre propriamente dita.

Há casos em que o labor exercido em determinados locais considerados como de alto risco de contaminação não o torna propriamente insalubre, como, por exemplo, aqueles exercidos nas áreas administrativas ou receptivas de um hospital. Neste caso, apesar de se tratar de um mesmo ambiente, a recepcionista não terá direito ao adicional de insalubridade garantido a uma enfermeira.

O esclarecimento desta dicotomia é extremamente importante, pois, além de tornar clara tal distinção, auxilia o empregador no momento da realocação da gestante e lactante em outras funções dentro de seu ambiente de trabalho.

Junto a isto, soma-se outro problema no qual esbarramos quando do reposicionamento da gestante/lactante: nem sempre haverá vagas disponíveis para tal remanejamento e, quando existentes, ainda assim não haverá garantia de que a empregada exercerá tal função com o desempenho e produtividade esperados.

Imagine-se uma situação em que a trabalhadora exerça atividade insalubre, com total capacitação e especialização para tanto. Após engravidar, tal empregada se vê impossibilitada de desempenhar normalmente seu trabalho e acaba sendo realocada em um setor completamente diferente daquele em que laborava. Tudo é extremamente novo para esta funcionária, na medida em que lhe são exigidas novas qualificações, aprendizado e experiência. Não há garantia de que seu empregador tenha condições ou disponibilidade para treiná-la pelo tempo que for necessário. Até que esta empregada se adeque à nova atividade pode ser que demore longos meses.

Pode-se presumir que houve um lapso temporal praticamente inútil para ambas as partes da relação de trabalho, tendo em vista que o empregador pode não ter tido o retorno esperado - o que é completamente plausível para a sua condição enquanto detentor do poder econômico perante seus negócios - e a empregada talvez sequer possa exercer com perfeição e efetividade a atividade para a qual fora designada, não tendo agregado para si a valorização mediante o trabalho.

Entretanto, nota-se ser este o menor dos problemas, pois, ainda com todos estes percalços da realocação, é preferível que a trabalhadora

tenha seu emprego garantido e exerça seu trabalho com dignidade a ser afastada, em uma condição subentendida de “imprestabilidade”, pelo simples fato de estar grávida.

## **2.4 A equiparação salarial**

Em relação à original redação do art. 394-A da CLT há, ainda, grave ameaça ao negócio do empregador em se tratando da realocação da gestante e lactante, obrigatória por lei, e à possibilidade da equiparação salarial.

Isto porque, conforme exposto em tópico anterior, a trabalhadora, quando afastada do trabalho insalubre e remanejada para outra atividade, passará a exercer função idêntica àquela exercida por seu(s) paradigma(s), preenchendo todos os requisitos legais aptos a configurarem a equiparação salarial, tendo em vista a falta de disposição contrária do legislador neste sentido.

Tal possibilidade deixa, mais uma vez, o empregador exposto a um prejuízo iminente, corroborando, mais uma vez, a marginalização da mulher nos postos de trabalho, diante do receio de futuros passivos trabalhistas.

O legislador foi silente quanto a esta questão, deixando margem para grandes discussões acerca do assunto, principalmente em âmbito jurídico, dando azo à insegurança jurídica das partes envolvidas até que se forme jurisprudência consolidada neste sentido.

Será possível, então, a gestante e lactante fazerem jus à equiparação quando reposicionadas dentro da empresa? Tais trabalhadoras se encaixariam na previsão trazida pelo §4º do art. 461 da CLT ou se tornariam uma exceção à equiparação?

Neste caso, não haveria alternativa, senão aguardar a formação de consolidada jurisprudência a este respeito, seja a fim de dar norte aos magistrados quando da prolação de suas decisões, seja para fins de análise, viabilidade e prevenção dos empregadores de modo a evitar a judicialização do tema.

## **2.5 Ausência de disposição acerca do trabalho perigoso**

Dentre as lacunas já citadas, cabe ainda mencionar a inexistência de disposição legal quanto ao trabalho perigoso.

Conforme é possível observar, o legislador cuidou de regulamentar tão somente o trabalho insalubre, ficando silente também em relação às gestantes e lactantes que laboram em condições perigosas.

Abre-se espaço para a reflexão acerca da questão aqui abordada, tendo em vista tratar-se de assunto que envolve não somente a saúde da mãe e do nascituro, como também a segurança futura em relação à sobrevivência de ambos.

A insalubridade e a periculosidade não se confundem, sendo a insalubridade um fator prejudicial à saúde a curto, médio ou longo prazo, enquanto a periculosidade apresenta riscos à vida de forma imediata.

Conforme bem analisa Maria Alaíde Bruno Teixeira (2018) em sua obra<sup>7</sup>, o art. 189 da CLT traz a definição de atividades insalubres. O dispositivo configura como tais aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos.

A periculosidade está condicionada à submissão do trabalhador ao risco de vida em razão da natureza da atividade exercida, de modo que se busca acrescer à remuneração do empregado adicional correspondente notadamente porque a atividade por ele prestada apresenta risco iminente à sua vida. Tais atividades são taxativas e se encontram elencadas no art. 193 da CLT, quais sejam: inflamáveis, explosivos ou energia elétrica; roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial.

Sendo assim, depreende-se que o trabalho perigoso traz riscos à mãe e ao bebê tanto durante a gestação, quanto posteriormente, na condição de lactante, quando a mãe está exposta ao perigo de vida, podendo, a qualquer momento, em eventual fatalidade, sofrer danos capazes de afetar drasticamente a sua integridade psicofísica e, por conseguinte, a sua relação com o recém-nascido. Aqui, fala-se desde a possibilidade da incapacidade em razão de um acidente até mesmo à morte.

---

<sup>7</sup> TEIXEIRA, Maria Alaíde Bruno. *Saúde do trabalhador na reforma trabalhista. Proteção e produtividade. Teoria e prática*. Curitiba: Editora Juruá, 2018.

Nesta esteira, impende mencionar que a jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido, inclusive, o nascituro como sujeito de direitos. O entendimento daquela Corte expressado por meio do julgamento do REsp 1.415.727 foi no sentido de que não só a mãe possui o direito à vida e à assistência pré-natal, mas também se trata de direitos do próprio nascituro.<sup>8</sup>

Nestes casos, tendo o bebê total e completa dependência da mãe, esta deveria encontrar-se o mais resguardada possível, a fim de garantir a continuidade sadia e tranquila desta relação, tendo em vista ser a provedora essencial de seu filho neste período de amamentação.

Daí se nota a importância de um corpo legislativo completamente integrado e interligado à realidade cotidiana das relações de trabalho a fim de suprir as reais necessidades existentes, criando leis efetivas e garantidoras pelo menos do mínimo constitucionalmente garantido, principalmente no que tange aos grupos específicos, como no caso das mulheres.

Ao contrário, o que se tem visto é, por vezes, a elaboração de textos legais que não abrangem de forma suficiente a realidade de seus destinatários, criando, por vezes, normas inócuas, deficientes e ineficazes.

## **2.6 O possível efeito reverso que seria gerado em razão do texto original do art. 394-A da CLT**

É possível notar que a previsão original contida no dispositivo legal ora apresentado poderia trazer consigo efeito reverso ao pretendido, na medida em que expunha a saúde da empregada e também de seu filho a situações de risco com a permissão do trabalho insalubre, além de dificultar a inserção e manutenção das mulheres no mercado de trabalho tendo em vista a série de requisitos exigidos - que se tornam verdadeiros empecilhos à efetividade da referida norma.

Neste sentido, nunca é demais ressaltar que as estatísticas oficiais não negam a discrepância numérica existente no que se refere à ocupação da mulher no mercado de trabalho.

---

<sup>8</sup> REsp 1415727/SC, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 04/09/2014, DJE: 29/09/2014. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1346306&num\\_registro=201303604913&data=20140929&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1346306&num_registro=201303604913&data=20140929&formato=PDF). Acesso em: 23 abr. 2021.

Segundo dados do IBGE, no Brasil, conforme estudo intitulado “Estatísticas de Gênero”, é gritante a discrepância das condições de trabalho e emprego, ocupação de cargos públicos e escolaridade entre homens e mulheres. Como resultado, é possível perceber que, embora as mulheres tenham maior grau de escolaridade, capacitação e especialização em relação aos homens, não lhes são garantidas as mesmas oportunidades na sociedade, principalmente no mercado de trabalho.<sup>9</sup>

Em 2016, as mulheres dedicaram aos cuidados de pessoas e/ou afazeres domésticos cerca de 73% a mais de horas do que os homens (18,1 horas contra 10,5 horas). Isso acaba por afetar diretamente a proporção de ocupados em trabalho por tempo parcial. A pesquisa mostra um percentual mais elevado de mulheres que trabalha em período parcial, de até 30 horas, quando comparado com o dos homens.<sup>10</sup>

No quesito educação, também em 2016, foi apurado que, para a faixa etária de 18 a 24 anos, o percentual de mulheres na escola é superior ao dos homens em 2,5 pontos percentuais (CMIG 23). Segundo mostra a pesquisa, a maior diferença percentual por sexo encontra-se no nível “superior completo”, especialmente entre as pessoas da faixa etária mais jovem, de 25 a 44 anos de idade, em que o percentual de homens que completou a graduação foi de 15,6%, enquanto o de mulheres atingiu 21,5%, indicador 37,9% superior ao dos homens.<sup>11</sup>

Lado outro, segundo o IBGE, os dados relativos ao quarto trimestre de 2017 da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD) apontaram que, apesar de possuíram maior especialização/qualificação técnica, em média, as mulheres que trabalham recebem rendimentos 24,4% menores que os dos homens.<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> BGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf). Acesso em: 10 out. 2021.

<sup>10</sup> IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf). Acesso em: 10 out. 2021.

<sup>11</sup> IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf). Acesso em: 10 out. 2021.

<sup>12</sup> IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20287-no-dia-da-mulher-estatisticas-sobre-trabalho-mostram-desigualdade>. Acesso em: 10 out. 2021.

Já no que tange à participação da vida política do país, apesar da previsão de cotas obrigatórias pela Lei 12.034/2009, determinando que, em eleições proporcionais, haja no mínimo 30% e no máximo 70% de candidaturas de cada sexo, em 2017, o percentual de cadeiras ocupadas por mulheres em exercício no Congresso Nacional era de 11,3%. No Senado Federal, composto por eleições majoritárias, 16,0% dos senadores eram mulheres e, na Câmara dos Deputados, composta por eleições proporcionais, apenas 10,5% dos deputados federais eram mulheres.<sup>13</sup>

Quanto à participação das mulheres nos cargos gerenciais (CMIG 45), o indicador trazido pelo IBGE aborda a inserção das mulheres em posições de liderança tanto no setor público quanto no setor privado. Em 2016, no Brasil, 60,9% dos cargos gerenciais eram ocupados por homens e 39,1% pelas mulheres. Em todas as faixas etárias havia uma maior proporção de homens ocupando os cargos gerenciais, o que se agravava nas faixas etárias mais elevadas.<sup>14</sup>

Segundo dados recentes do Fórum Econômico Mundial, (“*Global Gender Gap Report 2020*”), que avaliou 153 países, o setor onde há mais disparidade de números no que tange a iguais condições entre homens e mulheres é o da participação econômica e oportunidade. Ou seja, é no mercado de trabalho que as desigualdades de oportunidades ficam mais evidentes, revelando o estudo que, para ser alcançada a paridade, levará cerca de 257 anos. São apontadas, ainda, três razões que justificam tais números: maior atuação das mulheres em funções automatizadas; ausência de número suficiente de mulheres ingressando em profissões com grande anúncio de crescimento dos salários e o enfrentamento de problemas permanentes de infraestrutura insuficiente e acesso ao capital.<sup>15</sup>

O estudo também aponta, graficamente, que os países nórdicos estão à frente em exemplo de igualdade de gênero, podendo este fator ser atribuído em grande parte ao aumento significativo do número de mulheres na política.

---

<sup>13</sup> IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf). Acesso em: 10 out. 2021.

<sup>14</sup> IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf). Acesso em: 10 out. 2021.

<sup>15</sup> THE WORLD ECONOMIC FORUM. *Global Gender Gap Report 2020*. Disponível em: <https://www.weforum.org/reports/gender-gap-2020-report-100-years-pay-equality>. Acesso em: 27 mar. 2021.

Por esta razão, pode-se presumir que a implementação de políticas públicas e leis de incentivo e proteção à mulher têm mais efetividade quando há mais mulheres envolvidas na política e ocupando cargos públicos. Consequentemente, com a maior participação de mulheres na vida pública, seja no campo cívico ou político, no setor privado ou público, haverá menos risco de previsões legais como a originalmente dada ao art. 394-A pela Lei 13.647/17 serem cogitadas ou prevalecerem, caso criadas.

A situação da mulher é, de fato, delicada, quando colocada em questão a sua capacidade biológica de gerar vidas.

Não é novidade que a mulher exerce dupla jornada. Além de trabalhar “fora”, expressão comumente utilizada para “emprego formal”, também exerce, na maioria dos casos, a chamada “função não remunerada” que se refere aos serviços domésticos. Isto leva, evidente e consequentemente, à sobrecarga de trabalho, seja ele de qualquer espécie, podendo refletir no desempenho de suas atividades.

Somando-se a isto, costuma-se levar em conta a vida pessoal da mulher, sendo que, em muitos casos, a quantidade de filhos também é um fator que contribui negativamente no momento da contratação, pois, na visão de muitos empregadores, quanto mais filhos a empregada tiver, mais dedicação a eles será exigida, tendo grandes chances de haver mais faltas ao trabalho - em razão de consultas médicas dos filhos, reunião escolar, etc.- ou até mesmo queda de rendimento no trabalho por motivos de esgotamento, cansaço.

Estes percalços são, inclusive, observados cotidianamente como fator principal a obstar eventuais promoções a cargos de coordenação e chefia ou qualquer outro de maior expressividade dentro das empresas.

E, neste sentido, como bem observa Alice Monteiro de Barros (2010), a discriminação manifesta-se não só pela via de medidas arbitrárias tomadas em relação ao salário, como também no tocante à formação profissional, o acesso das mulheres ao trabalho, à manutenção e condições de emprego. Esta discriminação tende a se acentuar quando se trata de mulher casada, com responsabilidades familiares.<sup>16</sup> Esses fatores reforçam a ideia de que a conquista da igualdade de

---

<sup>16</sup> BARROS, Alice Monteiro de. Discriminação no emprego por motivos de sexo. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira. *Discriminação*. São Paulo: Editora LTr, 2010. p. 59-83.

remuneração não se mostrou suficiente até o momento para se atingir a verdadeira isonomia almejada.

Mesmo em pleno século XXI, o que se nota em alguns casos é a cultura de assédio por parte de alguns superiores hierárquicos que discriminam suas subordinadas pelo simples fato de estas estarem grávidas, como se tal condição - inerente e naturalmente biológica da mulher - pudesse ser considerada uma verdadeira aberração ou algo reprovável que a menospreze ou a torne incapaz ou inferior.

E, neste sentido, o entendimento jurisprudencial, tanto do Tribunal Superior do Trabalho quanto dos tribunais regionais do trabalho, é consolidado ao estipular, inclusive, o pagamento de indenização a título de danos morais, quando o empregador incorrer em conduta de assédio moral contra funcionária gestante.

A título de exemplo, citam-se os termos da decisão proferida no RR-1248-67.2013.5.03.0153, pela 2ª Turma do TST, tendo como Relatora a Ministra Maria Helena Mallmann<sup>17</sup>, que manteve a decisão regional que concluiu pela ocorrência de conduta antijurídica de gerente, que causou vexame, dor e constrangimentos em razão da gravidez da empregada, reclamante na ação. Segundo o entendimento turmário da Corte Superior, a reclamante experimentou abalo psicológico relacionado ao seu estado gravídico, tendo nexos de causalidade com a atitude da ré, por meio de sua superior hierárquica, e, por esta razão, restou configurado o direito da trabalhadora ao recebimento de indicação a título de danos morais.

O referido posicionamento é constantemente reforçado por inúmeras decisões proferidas neste mesmo sentido, exaltando-se, inclusive, as garantias constitucionais que envolvem o tema.

A referida Corte, através de suas colendas turmas, reforça, ainda a plena possibilidade da cumulação da condenação ao pagamento de indenização por danos morais com a condenação ao pagamento do adicional de insalubridade à gestante que não foi devidamente realocada para o exercício de tarefas não insalubres por seu empregador.

Este foi o entendimento proferido pela 3ª Turma do TST, através do julgado RR-20191-62.2016.5.04.0101, cujo Relator foi o Ministro

---

<sup>17</sup> TST RR-1248-67.2013.5.03.0153, 2ª Turma, Relatora Ministra Maria Helena Mallmann, DEJT 13/09/2019. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/44464b7771ab5e20c70435ca3d62f2c>. Acesso em: 02 mai. 2021.

Mauricio Godinho Delgado.<sup>18</sup> Corroborando a garantia constitucional ao meio ambiente do trabalho ecologicamente equilibrado, porque essencial à sadia qualidade de vida, foi explicitado que cumpre ao empregador o dever de defendê-lo e preservá-lo, na forma dos arts. 200, VII, e 225, *caput*, da CF/88. A turma julgadora ressaltou, ainda, que “[...] tanto a higidez física como a mental, inclusive emocional, do ser humano são bens fundamentais de sua vida, privada e pública, de sua intimidade, de sua autoestima e afirmação social e, nessa medida, também de sua honra.”<sup>19</sup>

Nesse caso específico, foi analisada a condição gravídica da empregada sob a luz da proteção dos direitos básicos à saúde e à vida dela e do nascituro, somada ao trabalho em local insalubre, que foi analisado sob a ótica da proteção à saúde e segurança do trabalho. E, sendo assim, por se tratar de bens inquestionavelmente tutelados pelo art. 5º, V e X, da CF/88, decidiu-se que eles não podem ser julgados separadamente ou tampouco protegido apenas um em detrimento de outro. Por isso, concluiu-se no citado RR que é plenamente cabível o pagamento de adicional de insalubridade e que o mesmo fato pode ensejar o cabimento de indenização por dano moral, “[...] haja vista que os bens jurídicos tutelados são inequivocamente distintos”.<sup>20</sup>

Na contramão de tais condutas discriminatórias e reprováveis, mas, infelizmente, ainda recorrentes, pesquisas apontam que as mulheres, por essência e instinto de cuidado e proteção, exercem suas funções de maneira mais atenta, dedicada e paciente.

É importante frisar que a vida pessoal não deve servir como requisito de contratação, a não ser que a natureza do labor realizado assim o exija. Do contrário, o estabelecimento de condições sem qualquer relação intrínseca com a atividade a ser desenvolvida é discriminatório, segregacionista e defeso por lei.

Verifica que, não obstante o interesse de modernizar as leis trabalhistas - para garantir o emprego da gestante e lactante, por exemplo -, e continuar a garantir a efetividade dos direitos sociais fundamentais garantidos pela Constituição Federal de 1988, novas normas, quando

---

<sup>18</sup> TST RR-20191-62.2016.5.04.0101, 3ª Turma, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, DEJT 09/02/2018. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/69dd256dade3913824b67c7e26262f5e>. Acesso em: 10 out. 2021.

<sup>19</sup> *Idem*.

<sup>20</sup> *Ibidem*.

não bem estruturadas, estudadas e planejadas previamente, poderão servir, mesmo que indiretamente, para práticas discriminatórias ainda mais acentuadas contra a mulher, principalmente a gestante e a lactante.

Toda norma, quando imposta à sociedade, além de refletir de forma imediata no modo comportamental dos indivíduos, também incorre em implicações modificativas a longo prazo, por inevitavelmente interferir nas relações sociais, evidenciando questões culturais arraigadas que antes eram tidas como “normais” e que, agora, parecem ser completamente incabíveis e impraticáveis, exigindo uma constante renovação do Estado para atender de forma instantânea e eficiente às necessidades mais urgentes da população.

Historicamente, a mulher sempre precisou lutar por condições de igualdade, principalmente no trabalho. Seja durante o processo seletivo, seja na manutenção do contrato ou até mesmo em relação à remuneração, promoção, reconhecimento e demais incentivos dispendidos durante a relação de emprego.

Tal assunto é, inclusive, tema abordado em um dos episódios da série “Explicando” exibida pela Netflix (2019), o qual retrata os inúmeros obstáculos enfrentados secularmente pelas mulheres na busca por condições melhores. Em dado momento da exibição, é realizado um comparativo entre a trajetória de uma mulher sem filhos e de uma mulher com filhos, apontando que a causa da desigualdade não é ser mulher, mas sim ser mãe.<sup>21</sup>

E é partindo dessa premissa que a norma aqui abordada (art. 394-A da CLT), conforme texto proposto originalmente pelo legislador, era demasiadamente polêmica e perigosa, tendo em vista as imposições feitas em detrimento da mulher, quanto ao exercício de atividades insalubres, apesar de gestante/lactante, que a faziam refém de um emprego em razão do retorno econômico, mas, ao mesmo tempo, expunham tanto a trabalhadora quanto seu filho a riscos imensuráveis, seja durante a gravidez, seja em um momento posterior, na condição de provedora essencial da criança.

Ainda, tal previsão feria diretamente os direitos consagrados na Constituição Federal e outros destes derivados, quais sejam: a proteção à maternidade, o direito à licença-maternidade e a

---

<sup>21</sup> NETFLIX. *Explicando*. Série/Documentário. 2019.

segurança no emprego assegurada à gestante, além de normas de saúde, higiene e segurança do trabalho.

Este foi, inclusive, o entendimento do Ministro Alexandre de Moraes, relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5938, julgada procedente pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal para declarar a inconstitucionalidade de trechos do dispositivo ora estudado. Isto porque, além dos motivos citados alhures, a transferência para a trabalhadora do ônus de atestar o seu afastamento, ou não, “[...] embaraça o exercício de seu direito.”<sup>22</sup>

Em razão da importância e clareza de seus fundamentos, transcreve-se a ementa da ADI 5938:

EMENTA: DIREITOS SOCIAIS. REFORMA TRABALHISTA. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À MATERNIDADE. PROTEÇÃO DO MERCADO DE TRABALHO DA MULHER. DIREITO À SEGURANÇA NO EMPREGO. DIREITO À VIDA E À SAÚDE DA CRIANÇA. GARANTIA CONTRA A EXPOSIÇÃO DE GESTANTES E LACTANTES A ATIVIDADES INSALUBRES. 1. 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. 2. A Constituição Federal proclama importantes direitos em seu artigo 6º, entre eles a proteção à maternidade, que é a *ratio* para inúmeros outros direitos sociais instrumentais, tais como a licença-gestante e o direito à segurança no emprego, a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei, e redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. 3. A proteção contra a exposição da gestante e lactante a atividades insalubres caracteriza-se como importante direito social instrumental protetivo tanto da mulher quanto da criança, tratando-se de normas de salvaguarda dos direitos sociais da mulher e de efetivação de integral proteção ao

---

<sup>22</sup> STF. ADI 5.938 /DF. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Julgado em 29/05/2019. DJE: 03/06/2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5447065>. Acesso em: 01 set. 2019.

recém-nascido, possibilitando seu pleno desenvolvimento, de maneira harmônica, segura e sem riscos decorrentes da exposição a ambiente insalubre (CF, art. 227). 4. 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 apresentar um atestado médico, sob pena de prejudicá-la e prejudicar o recém-nascido. 5. Ação Direta julgada procedente. (grifos acrescentados)<sup>23</sup>

Assim, hoje, o texto originalmente trazido pela Lei 13.467/2017 ao art. 394-A da CLT está revogado. Por bem, a nova redação vigente determina que a empregada gestante e lactante deve ser afastada de atividades insalubres em grau máximo, médio ou mínimo, sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade. Nesse caso cabe à empresa pagar o adicional de insalubridade à gestante ou à lactante, com posterior compensação quando do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados. Por fim, quando não for possível que a gestante ou a lactante afastada exerça atividades em local salubre na empresa, a empregada perceberá salário-maternidade, nos termos da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991.

Ainda não há dados estatísticos oficiais capazes de informar e, ao mesmo tempo, proporcionar uma análise comparativa a respeito do número de casos levados ao Poder Judiciário antes e após a declaração de inconstitucionalidade da redação original do art. 394-A da CLT.

Entretanto, o que se nota com essa decisão é a resposta imediata do Poder Judiciário quanto ao seu papel de garantidor da efetiva aplicação das garantias constitucionais, justamente diante de tais imbróglios oriundos de leis não suficientemente pensadas e adequadas à realidade, que vão de encontro aos direitos e garantias essenciais à saúde, à vida - aqui inclusa a proteção do nascituro e a dignidade da pessoa humana.

Assim, a decisão proferida pela Suprema Corte apresenta o mais puro exercício da pacificação social através da aplicação da máxima aristotélica: *“tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”*, exprimida pelo princípio da isonomia, que também rege o ordenamento jurídico

---

<sup>23</sup> Idem.

brasileiro. Uma vez garantidas as proteções necessárias à mulher no ambiente de trabalho, especialmente quando grávida ou lactante, garantidos estarão os direitos essenciais previstos a este determinado grupo da sociedade.

## **2.7 O modelo de trabalho no século XXI e o trabalho da mulher gestante e lactante**

Falar do modelo de trabalho exigido no século XXI sem levar em consideração a maciça influência do capitalismo é um exercício árduo, quase impossível de se considerar, ainda mais quando se analisa o mercado de trabalho (que inclui cada vez mais mulheres -inclusive gestantes e lactantes) sob a ótica histórica linear entre a passagem do modelo de produção fordista para o modelo toyotista. Enquanto o primeiro tem como foco a produção em massa, o segundo visa à produção sob demanda.

Tal sistemática, somada ao avanço tecnológico dos dias atuais, culminou no atual modelo de labor em que estamos inseridos: o exercício do trabalho cada vez mais autônomo e remoto.

É inegável que, com o avanço da tecnologia, os postos de trabalho considerados “braçais” estão, aos poucos, sendo substituídos pela mão de obra intelectual.

Após o ano de 2020, com o enfrentamento global de uma pandemia por toda a população mundial, o exercício do trabalho autônomo e/ou remoto se tornou ainda mais evidente, demandando, cada vez mais, profissionais qualificados ou, pelo menos, com a mínima habilitação tecnológica para o desempenho de suas atividades.

Com tantas inovações ocorridas nas últimas décadas, neste atual modelo de trabalho exigido pelo século XXI, não deveria haver espaço para a prevalência da discriminação de gênero, pois, uma vez que as mulheres encontram-se tão ou mais capacitadas intelectualmente que os homens - conforme apontam as estatísticas apresentadas -, nada mais justo e natural que a preparação do mercado de trabalho para o acolhimento e manutenção dessas mulheres em seus empregos, criando e oportunizando condições que atendam às necessidades delas de acordo com a realidade fática que envolve o seu cotidiano e o novo cenário enfatizado pela pandemia do COVID-19, que, inclusive, admite e estimula o teletrabalho.

Se é certo que o Direito evolui de acordo com as necessidades da sociedade, é inadmissível que até hoje seja normal que legislações não minimamente pensadas passem pelo crivo do processo legislativo com tantas lacunas a serem preenchidas, com o tempo, pelo Poder Judiciário. Tal prática satura as Especializadas e causa instabilidade nas relações trabalhistas, colocando sempre em xeque a segurança jurídica tanto do empregado quanto do empregador.

Nota-se, portanto, a necessidade da interferência do Estado também em momento posterior à promulgação da lei, quando percebidas omissões perigosas e ou lesivas, na sua condição de pacificador social e responsável por promover e fazer cumprir os direitos e garantias fundamentais, estando sempre atento às necessidades dos grupos específicos sobre os quais irá legislar, para que não incorra em prejuízos à sociedade como um todo, uma vez que a existência e proteção das mulheres gestantes e lactantes são essenciais, também, para a continuidade da espécie.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A criação de incentivos à mulher com o fito de garantir a sua inserção e manutenção no emprego é e sempre será a melhor política pública aplicável, uma vez que fomenta o mercado de trabalho, sem deixar de observar os direitos essenciais garantidos não só pela Constituição Federal (art. 1º, III e IV; art. 3º, IV; art. 5º, I; art. 6º; art. 7º, XX e XXX), como também pelos Tratados e Convenções Internacionais (Art.11, parágrafo 2º, da Convenção das Nações Unidas de 1979, sobre eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher).

Estudando Alice Monteiro de Barros, verifica-se que o Estado necessita de um novo molde de estrutura social capaz de ter uma “*infraestrutura social*” apta a atender às necessidades da mulher enquanto trabalhadora e provedora do lar, conciliando ambas as obrigações. A autora cita também a “*maternidade responsável*” como uma das medidas preventivas aos percalços encontrados pela mulher nas relações de trabalho.<sup>24</sup>

Através do estudo da obra da autora, em conjunto com toda a análise do cotidiano da mulher trabalhadora, é possível extrair algumas

---

<sup>24</sup> BARROS, Alice Monteiro de. Discriminação no emprego por motivos de sexo. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira. *Discriminação*. São Paulo: Editora LTr, 2010. p. 59-83.

medidas que poderiam ser adotadas e promovidas pelo Estado neste sentido. Elas seriam, por exemplo:

a) fornecer incentivos à mulher a fim de ajudá-la a conciliar “tempo x trabalho”, com a concessão de mais creches e escolas públicas em tempo integral, o mais próximas possível do seu lar ou do seu local de trabalho a fim de que a trabalhadora tenha mais tranquilidade e segurança quanto ao cuidado de seu filho enquanto trabalha, ao mesmo passo que torna a criança mais próxima do ambiente escolar e consequentemente aprimora a sua educação;

b) promover maior conscientização a respeito do planejamento familiar, proporcionando à mulher maior possibilidade de adequação de sua maternidade à carreira profissional;

c) disponibilizar cursos de capacitação e reciclagem gratuitos às gestantes/lactantes enquanto estiverem afastadas, para que tenham total capacitação e aptidão quando do retorno ao trabalho;

d) possibilitar a aposentadoria especial e contínua àquelas trabalhadoras que continuarem a laborar em ambiente insalubre quando na condição de gestante/lactante;

e) neste mesmo sentido, compensar referido período do tempo de contribuição ao INSS em razão do labor contínuo.

Também é possível extrair da obra de Maria Cecília Máximo Teodoro (2017) a questão do impacto da legislação para a proteção da mulher no mercado de trabalho, destacando a importância da necessária revisão pelo Poder Legislativo da concessão de direitos iguais aos trabalhadores homens e mulheres, o que consequentemente geraria igual custo de contratação aos empregadores. Isto porque, nas palavras de Máximo Teodoro, o que fomenta a discriminação da mulher no mercado de trabalho é o fato de a legislação brasileira garantir direitos relacionados ao nascimento da criança somente à genitora. Como consequência, a mulher acaba tornando-se mais cara do que o homem no mercado de trabalho.<sup>25</sup>

A solução para tal imbróglio segundo a referida pesquisadora, seria a elaboração de normas que garantissem as mesmas condições

---

<sup>25</sup> TEODORO, Maria Cecília Máximo. *O direito do trabalho da mulher enquanto “teto de vidro” no mercado de trabalho brasileiro*. 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/5/art20170515-10.pdf> e [https://www.youtube.com/watch?v=Z\\_MVV3HNoQM&feature=youtu.be](https://www.youtube.com/watch?v=Z_MVV3HNoQM&feature=youtu.be). Acesso em: 15 jan. 2020.

tanto para o pai quanto para a mãe no que tange aos cuidados de seus filhos.

A corrida pelo “lugar ao sol” da mulher no mercado de trabalho é árdua e contínua. Não se pode olvidar de todo o esforço até aqui despendido para a conquista dos direitos e garantias às mulheres, em todos os aspectos.

A equiparação de direitos, por mais que seja óbvia, precisa ser lembrada e praticada a todo momento, sob pena de cair no esquecimento ou acabar usurpada nas mãos daqueles que priorizam o lucro capital à dignidade humana. É preciso estar atento às propostas e imposições trazidas pelo legislador a fim de se evitar a exigência legalizada de condutas completamente arbitrárias camufladas de “boas intenções”. Através de dispositivos legais como a redação original do art. 394-A da CLT, percebe-se que a maior preocupação do Estado reside, atualmente, em regular as relações particulares interferindo nos direitos e garantias sociais fundamentais consolidados pela Constituição, quando, na verdade, o seu maior compromisso deveria ser atender às necessidades básicas dos indivíduos, cumprindo a sua função social.

Já é fato comprovado que a geração de postos de emprego, bem como a devida manutenção destes postos com a valorização e tratamento humano digno do trabalhador promovem corpo laboral satisfeito, e trabalho satisfeito é, majoritariamente, mais saudável e produtivo: um excelente impulso para o crescimento e desenvolvimento econômico.

Há a necessidade de leis elaboradas de forma mais humana e consciente, a fim de não causarem efeitos reversos na sociedade. Neste aspecto, quem melhor que as próprias mulheres para saber suas reais necessidades?

É por isto que a baixa representatividade das mulheres também no âmbito político contribui para estipular a promulgação de normas sem qualquer efetividade quando criadas em benefício das empregadas.

A igualdade de gêneros no mercado de trabalho precisa ser vivida, sentida. Precisa estar intimamente ligada à cultura de uma sociedade e não somente observada em razão de uma imposição legal. Isso, nas palavras de Alice Monteiro de Barros (2010), traduz-se na perfeita percepção de que “[...] o Direito não conseguiu superar [as desigualdades de gênero] [...], exatamente porque ele reflete a realidade social, impregnada de estereótipos sexistas.”

Acredita-se, portanto, que o grande desafio ainda enfrentado no século XXI é a luta pela modificação cultural do trato à mulher, principalmente quanto à sua posição no mercado de trabalho, o que deve ser sempre analisado de forma humana, seja na criação de políticas públicas - aqui compreendidas tanto a elaboração de leis quanto a garantia da sua fiel observação e aplicação -, seja quando da elaboração de leis, seja quando da garantia da sua fiel observação e aplicação, seja na atuação do Poder Judiciário trabalhista, em seus 80 anos de existência, completados no ano corrente da publicação desta obra.

Enquanto os indivíduos não tiverem a igualdade de gênero como algo naturalmente vinculado à evolução da sociedade, a humanidade e a sociedade continuarão a seguir seu curso andando em círculos, com os olhos vendados por suas próprias limitações.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Ana Clara Guimarães Rabêllo de. ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêllo de. O trabalho da mulher à luz da Lei 13.467/2017: o desempoderamento do gênero feminino. *In*: CAMARANO, Alessandra; MESQUITA, Arlete; SOUZA, Karlla Patrícia de. *Feminismo, pluralismo e democracia*. Belo Horizonte: Editora RTM, 2019. p. 25-36.

BARROS, Alice Monteiro de. Discriminação no emprego por motivos de sexo. *In*: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira. *Discriminação*. São Paulo: Editora LTr, 2010. p. 59-83.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 01 set. 2019.

BRASIL. *Consolidação das Leis Trabalhistas*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 01 set. 2019.

BRASIL. *Tribunal Superior do Trabalho*. ASSÉDIO MORAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. GESTANTE. ABALO PSICOLÓGICO RELACIONADO AO ESTADO GRAVÍDICO DA AUTORA. QUANTUM INDENIZATÓRIO. MAJORAÇÃO DO VALOR. DEVIDA. DE R\$15.000,00 PARA R\$30.000,00. RR-1248-67.2013.5.03.0153, 2ª Turma, Relatora Ministra Maria Helena Mallmann. Brasília, DF. DEJT 13/09/2019. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/44464b7771ab5e20c70435ca3d62f2c>. Acesso em: 02 maio 2021.

BRASIL. *Tribunal Superior do Trabalho*. RECURSO DE REVISTA. PROCESSO ANTERIOR À LEI 13.467/2017. RITO SUMARÍSSIMO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. HOSPITAL QUE SUBMETE MULHER GESTANTE A TRABALHO EM UTI. NECESSIDADE DE PROTEÇÃO À MULHER E AO NASCITURO ANTE A OBSERVÂNCIA ÀS NORMAS QUE VISAM A REDUÇÃO DOS RISCOS INERENTES AO TRABALHO. NORMAS DE SAÚDE, HIGIENE E SEGURANÇA DA TRABALHADORA. RR-20191-62.2016.5.04.0101, 3ª Turma, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, DEJT 09/02/2018. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/69dd256dade3913824b67c7e26262f5e>. Acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Resp 1415727/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, julgado em 04/09/2014, DJE 29/09/2014. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1346306&num\\_registro=201303604913&data=20140929&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1346306&num_registro=201303604913&data=20140929&formato=PDF). Acesso em: 23 abr. 2021.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. STF. ADI 5.938 /DF. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Julgado em 29/05/2019. DJE: 03/06/2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5447065>. Acesso em: 01 set. 2019.

COFEN - Conselho Federal de Enfermagem. Disponível em: [http://www.cofen.gov.br/medida-provisoria-da-reforma-trabalhista-pode-sofrer-alteracoes\\_58667.html](http://www.cofen.gov.br/medida-provisoria-da-reforma-trabalhista-pode-sofrer-alteracoes_58667.html). Acesso em: 11 out. 2021.

COLLANERI, Carla Lourenço Tavares. *A gestante em atividades insalubres: proteção ou discriminação? Uma visão acerca da*

legislação após as recentes alterações trazidas pela reforma trabalhista. *Âmbito Jurídico*. 2018. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-do-trabalho/a-gestante-em-atividades-insalubres-protecao-ou-discriminacao-uma-visao-acerca-da-legislacao-apos-as-recentes-alteracoes-trazidas-pela-reforma-trabalhista/>. Acesso em: 01 set. 2019.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf). Acesso em: 10 out. 2021.

NETFLIX. *Explicando*. Série/Documentário. 2019. Acesso em: 01 set. 2019.

PEREIRA, Maria da Conceição Maia. *Visão crítica do artigo 394-A da CLT: proibição do trabalho da gestante ou lactante em ambiente insalubre*. 94 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde da Universidade FUMEC, Belo Horizonte, 2017. Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/handle/11103/39444>. Acesso em: 01 set. 2019.

SOARES, Gabriela Duarte; HOOGERHEIDE, Carline Harma; PEREIRA, Everton Machado; MAIA, Maria da Conceição. *A reforma trabalhista e a proteção do trabalho da gestante no ambiente insalubre*. 19 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Faculdade de Balsas). Balsas, 2017. Disponível em: <https://www.unibalsas.edu.br/wp-content/uploads/2017/01/3.-ARTIGO-TCC-GABRIELA.pdf>. Acesso em: 01 set. 2019.

TEIXEIRA, Maria Alaíde Bruno. *Saúde do trabalhador na reforma trabalhista*. Proteção e produtividade. Teoria e prática. Editora Juruá. Curitiba, 2018.

TEODORO, Maria Cecília Máximo. *O direito do trabalho da mulher enquanto “teto de vidro” no mercado de trabalho brasileiro*. 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/5/art20170515-10.pdf> e [https://www.youtube.com/watch?v=Z\\_MVV3HNoQM&feature=youtu.be](https://www.youtube.com/watch?v=Z_MVV3HNoQM&feature=youtu.be). Acesso em: 15 jan. 2020.

THE WORLD ECONOMIC FORUM. *Global Gender Gap Report 2020*. Disponível em: <https://www.weforum.org/reports/gender-gap-2020-report-100-years-pay-equality>. Acesso em: 27 mar. 2021.