TRABALHO E MULHER: empregada gestante e lactante na reforma trabalhista brasileira

LABOR AND WOMAN: pregnant and breastfeeding worker under the brazilian new labor act

Priscila Kuhl Zoghbi[39]

Resumo
Os direitos relacionados à maternidade são objeto de constante análise e discussão jurídica, pois orbitam em torno destes questões sociais e econômico- laborais. Com a mudança do papel da mulher dentro da sociedade e sua inserção no mercado de trabalho, surgiram questionamentos sobre aspectos particulares da maternidade dentro do direito do trabalho. A maternidade, vista de forma ampla – incluindo também o período de lactância – urge tratamento jurídico específico. Este trabalho apresenta uma análise sobre a modificação ocorrida em um dos dispositivos mais relevantes sobre tema, o art. 394-A (CLT) e suas possíveis consequências dentro do cenário laboral atual.

Palavras-Chave: Reforma trabalhista. Trabalhadora gestante. Trabalhadora lactante.

Abstract
Maternity rights are always subjected to the constant juridical analysis and debate, once they revolve around social, economic and working matters. With the change of women's role in the society and their insertion in the job market, maternity has become an issue to be addressed inside Labor Law context. Maternity, from a wide perspective – including the nursing period – needs to be precisely legally treated. This essay presents an analysis about the change made in one of the most important instruments that deals with the subject, article 394-A (CLT), and its possible consequences in the contemporary labor scenario.

Keywords: New Labor Act. Pregnant Worker. Breastfeeding Employee.

[39] Mestra em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (em andamento). Especialista em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2017). L.L.M em Gestão Empresarial pelo Instituto Internacional de Ciências Sociais (CEU Law School (2017). Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2015). Advogada.

1 INTRODUÇÃO

É inquestionável que se vive no Brasil um período de instabilidade e insegurança, tanto no campo político, econômico, social e quanto no jurídico. No que tange ao âmbito laboral, houve uma série de alterações, sociais e jurídicas, intrinsecamente relacionadas entre si.

Uma das modificações mais expressivas no âmbito jurídico-laboral se atribui à Lei 13.467, mais conhecida como "Reforma Trabalhista brasileira", de 13 de julho de 2017, que alterou de forma expressiva o principal conjunto de leis no aspecto laboral, a Consolidação de Leis do Direito do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei 5.452 de 1º de maio de 1943.

Dentre as mudanças ocasionadas pela "Reforma Trabalhista brasileira" ganha destaque a alteração de um dispositivo em especial: o art. 394-A que regulariza o tratamento jurídico do labor das gestantes e lactantes em condições insalubres.

Para tanto, o artigo traça um breve histórico sobre o regramento jurídico do trabalho feminino brasileiro ao longo das décadas. Posteriormente, analisar-se-á o instituto da insalubridade e como este foi regulado no que tange ao labor feminino.

Esse breve histórico é necessário para que o art. 394-A seja devidamente examinado. Nesse momento as alterações sofridas pelo dispositivo serão objeto de análise assim como os argumentos utilizados em prol da sua aprovação e as possíveis consequências dessa modificação.

Por fim, apresentar-se-ão as conclusões a respeito do tema.

2 HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO LABORAL FEMININA

2.1 Primeiro Momento

De acordo com E. C. ROJO, é possível identificar dois importantes momentos na evolução das normas relacionadas à proteção das mulheres trabalhadoras. O primeiro corresponde, em grande parte, ao próprio reconhecimento do Direito do Trabalho como uma área autônoma. Nesse período ressalta-se o escopo protetivo relativo à maternidade, o amparo a figura da mulher tratada como sujeito de direitos frágil e débil, tendo por consequência maior necessidade de uma tutela jurídica especial. Não sem razão, muita das vezes a figura da

mulher é juridicamente associada à dos menores de idade[40].

É possível notar a presença de exacerbado protecionismo, a título de exemplo, no art. 3º da Convenção n. 4 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que trata sobre o trabalho noturno feminino:

> Sem distincção de idade, as mulheres não poderão ser empregadas durante a noite em nenhum estabelecimento industrial publico ou privado, como tão pouco em qualquer dependencia de um desses estabelecimentos, excepção feita dos estabelecimentos onde são só empregados os membros de uma mesma familia.

De acordo com esse dispositivo, as mulheres estavam proibidas de trabalhar durante a noite em qualquer estabelecimento industrial, seja este público ou privado, ou em qualquer dependência de um desses estabelecimentos, ressalvando-se os estabelecimentos nos quais os empregados são da mesma família. Vale lembrar que essa Convenção não se encontra vigente no Brasil neste momento, mas já foi ratificada em 26 de março de 1935, tendo sua denúncia sido concretizada pelo Decreto 1.534 de 30 de março de 1937.

Para C. F. THOMÉ, as primeiras Convenções da OIT sobre a matéria, em especial a Convenção n. 3 e a supracitada n. 4, tinham como objetivo primordial proteger a mulher da exploração em seu local de trabalho e salvaguardar sua saúde, com enfoque em seu papel reprodutivo[41].

Em outras palavras, o principal escopo desses dispositivos foi o de proibir que as mulheres de exercessem certos tipos de trabalho e ao invés de servir como instrumentos para inserção efetiva da mulher no mercado de trabalho[42].

A. M. DE BARROS realiza ainda uma subdivisão quanto a esse período. Para a autora, os dispositivos se articularam de duas formas: de um lado, visava-se disciplinar o trabalho da mulher em estado gravídico-puerperal e, de outro, havia o estabelecimento de proibições ao trabalho da mulher em atividades insalubres, perigosas e penosas[43].

2.2 Segundo Momento

O segundo período, por sua vez, surge com o reconhecimento dos direitos civis da

---

[40] ROJO, Eduardo Caamaño. *Lactancia*. In: GRAU, Antonio Baylos; THOMÉ, Candy Florencio; SCHWARZ, Rodrigo García. *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de seguridad social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014. p. 1.293.
[41] THOMÉ, Candy Florencio. *Protección de la Maternidad*. In: GRAU, Antonio Baylos; THOMÉ, Candy Florencio; SCHWARZ, Rodrigo García. *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de seguridad social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014. p. 1.819.
[42] Ibid., p. 1.819.
[43] BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 705.

mulher e consequente aumento da participação feminina na esfera econômica, política, educacional e laboral. Percebeu-se que o formato de legislação protetiva na verdade favorecia a discriminação contra a mulher, impedindo-as de possuir as mesmas condições de trabalho dos homens[44].

Nesse segundo momento, tem-se, portanto, a preocupação em atribuir e garantir às mulheres igualdade de remuneração, mesmo tratamento e oportunidades[45].

Essa mudança de direção é perceptível com a substituição da Convenção n. 3 da OIT pela Convenção n. 103 e, ainda, pela supressão da Convenção n. 4, já mencionada.

Há a criação ainda de outras Convenções relacionadas ao assunto. Entre elas, citam-se a Convenção n. 100, que trata da igualdade de remuneração para a mão-de-obra masculina e feminina, e a Convenção n. 111, sobre a discriminação em matéria de emprego e profissão. É importante lembrar que ambas se encontram em vigor no Brasil[46].

No que tange ao ordenamento brasileiro, é inquestionável a influência das normas internacionais. É possível perceber a primeira fase – exacerbadamente tutelar – no ordenamento nacional com o Decreto 21.417, de 17 de maio de 1932, em seu art. 2º, que estabelecia a proibição do trabalho das mulheres em estabelecimentos industriais e comerciais, sejam estes públicos ou particulares no ínterim das 22 horas até às 5 horas da manhã do próximo dia, com algumas exceções[47]: "Art. 2 do Decreto 21.417: O trabalho da mulher nos estabelecimentos industriais e comerciais, públicos ou particulares, é vedado desde 22 horas até 5 horas".

É possível perceber a mudança de rumo e avanço legislativo no âmbito nacional a partir da análise do histórico do art. 379 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Em sua redação inicial, o dispositivo possuía como regra principal a proibição do trabalho noturno

---

[44] ROJO, Eduardo Caamaño. *Lactancia*. In: GRAU, Antonio Baylos; THOMÉ, Candy Florencio; SCHWARZ, Rodrigo García. *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de seguridad social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014. p. 1.293.

[45] BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 705.

[46] A Convenção n. 100 da OIT foi promulgada por meio do Decreto 41.721, de 25 de junho de 1957. Já a Convenção n. 111 foi promulgada por meio do Decreto 62.150, de 19 de janeiro de 1968.

[47] Art. 3º do Decreto 21.417: Não estão compreendidas na proibição estabelecida pelo art. 2º:
a) as mulheres empregadas em estabelecimentos onde só trabalhem pessoas da família a que pertencerem;
b) as mulheres cujo trabalho for indispensavel para evitar a interrupção do funcionamento normal do estabelecimento, em caso de força maior imprevisivel que não apresente carater periódico, ou para evitar a perda de matérias primas ou substâncias pereciveis;
c) as mulheres que pertencerem ao serviço dos hospitais, clínicas, sanatórios e manicômios e estiverem diretamente incumbidas de tratamento de enfermos;
d) as mulheres, maiores de 18 anos, empregadas em serviços de telefonia e radiofonia;
e) as mulheres que, não participando de trabalho normal e contínuo, ocupam posto de direção responsavel.

feminino[48].

No entanto, com a Lei 7.189, de 4 de junho de 1984, houve mais do que uma mera alteração normativa, e sim a inversão da regra: esta tornou-se a permissão do trabalho noturno feminino, com exceções. É importante frisar que este artigo se encontra hoje revogado em razão da Lei 7.855, de 24 de outubro de 1989.

3. INSALUBRIDADE

3.1 Instituto da Insalubridade: Conceito e Regramento

Para melhor definir o instituto da insalubridade, é necessário analisar o arcabouço legislativo que se encontra disperso em mais de um diploma normativo.

O conceito de insalubridade, pode ser encontrado inicialmente no art. 189 da CLT. De acordo com este:

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

Ou seja, serão enquadradas dentro da insalubridade as operações que, seja pela natureza, pelas condições ou mesmo pelo método de trabalho submetam os trabalhadores a agentes nocivos à saúde, desde que em níveis acima dos *''limites de tolerância''*.

O artigo subsequente afirma que o quadro das atividades e operações insalubres deveria ser aprovado pelo Ministério do Trabalho, assim como a escolha das normas sobre os critérios de caracterização da insalubridade. Ficaria ainda a cargo do Ministério do Trabalho definir os limites de tolerância aos agentes agressivos, além dos meios de proteção e o tempo máximo de exposição dos empregados aos referidos agentes.

> Art. 190 da CLT: ''O Ministério do Trabalho aprovará o quadro das atividades e operações insalubres e adotará normas sobre os critérios de caracterização da insalubridade, os limites de tolerância aos agentes agressivos, meios de proteção e o tempo máximo de exposição do empregado a esses agentes (...).

Por sua vez, o Ministério do Trabalho utilizou como instrumento para regularizar tal questão a Norma Regulamentadora (NR) 15[49], que trata de atividades e operações insalubres.

A análise da referida NR torna-se essencial não apenas pela especificação das

[48] Art. 379 da CLT, texto original: É vedado à mulher o trabalho noturno, considerado este o que for executado entre as 22 e as 5 horas do dia seguinte.
[49] A NR foi aprovada pela Portaria 3.214, de 8 de junho de 1978.

operações ou atividades – via de regra constante em seus Anexos – como também para a definição do que seria *''limite de tolerância''*, termo já apresentado no art. 189 da CLT.

De acordo com a NR 15, o *"Limite de Tolerância"* consiste na concentração ou intensidade máxima ou mínima, em relação ao tempo de exposição e a natureza do agente que não causará dano à saúde do empregado:

> NR 15, 15.1.5: Entende-se por Limite de Tolerância, para os fins dessa Norma, a concentração ou intensidade máxima ou mínima, relacionada com a natureza e o tempo de exposição ao agente, que não causará dano à saúde do trabalhador, durante sua vida laboral.

Nos termos do art. 192 da CLT, segmenta-se a insalubridade, para a percepção de adicional pecuniário, em três grupos: de grau máximo, médio e mínimo:

> O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário-mínimo da região, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo.

Nesse mesmo sentido segue o item 15.2 da NR 15:

> O exercício de trabalho em condições de insalubridade, de acordo com os subitens do item anterior, assegura ao trabalhador a percepção de adicional, incidente sobre o salário mínimo da região, equivalente a:
> 15.2.1 40% (quarenta por cento), para insalubridade de grau máximo;
> 15.2.2 20% (vinte por cento), para insalubridade de grau médio;
> 15.2.3 10% (dez por cento), para insalubridade de grau mínimo.

H. B. M. DA SILVA aponta que a maioria dos agentes insalubres foi enquadrada em grau médio como exposição a ruídos, à umidade e ao frio. A distinção tripartite – grau máximo, médio e mínimo – é utilizada apenas em alguns agentes químicos, enquanto os biológicos são classificados como grau médio ou grau máximo[50].

Torna-se pertinente ao tema frisar que os técnicos que auxiliaram na elaboração do texto que veio a se tornar a Portaria 3.214, de 8 de junho de 1978, consideraram remover da legislação brasileira o adicional de insalubridade, com o escopo de compelir que outras formas de eliminação ou ao menos redução dos riscos ambientais fossem realizados. No entanto, em detrimento do cenário político e pelo próprio fato de que a figura do adicional de insalubridade é pregressa à própria CLT[51], este propósito restou suprimido[52].

---

[50] SILVA, Homero Batista Mateus da. *CLT Comentada*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 190.
[51] Apresenta-se a título de exemplo o art. 6º do Decreto-Lei 2.162/1940 : Para os trabalhadores ocupados em operações consideradas insalubres, conforme se trate dos graus máximo, médio ou mínimo, o acréscimo de remuneração, respeitada a proporcionalidade com o salário mínimo que vigorar para o trabalhador adulto local, será de 40 %, 20 % ou 10 %, respectivamente.
[52] SILVA, Homero Batista Mateus da. *CLT Comentada*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 189.

3.2 Histórico da insalubridade na legislação laboral feminina

A relação entre o trabalho da mulher gestante e a insalubridade tem sua gênese na própria proibição do labor da mulher no ambiente insalubre. Tal impedimento esteve presente na maioria das Constituições Brasileiras: na Constituição de 1934, na Constituição de 1937, na Constituição de 1946 e até na Constituição de 1967[53]. No entanto, essa restrição não permaneceu na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Nesse quesito, age certo o legislador, pois é altamente questionável que a insalubridade seja mais prejudicial às mulheres do que aos homens, com exceção, frise-se, da mulher durante o período gravídico-puerperal[54].

Já no texto original da CLT havia somente o *caput* do que hoje é o art. 394[55], prevendo que seria facultado a mulher grávida romper o compromisso resultante de qualquer contrato de trabalho, desde que prejudicial à gestação. Não havia nesse momento a preocupação com a lactante e nem a proibição expressa do labor da grávida em ambiente insalubre. Vale lembrar que esse impedimento não tinha necessidade de ser positivado na CLT, uma vez que já havia no art. 121, § 1º, ‘‘d’’, da Constituição de 1934 a proibição do labor feminino em condições insalubres:

> A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.
> § 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador (...)
> d) proibição de trabalho a menores de 14 anos; de trabalho noturno a menores de 16 e em indústrias insalubres, a menores de 18 anos e a mulheres; (...)

Essa relação só foi prevista na CLT com a Lei 13.287, de 11 de maio de 2016, a qual incluiu o seguinte dispositivo (hoje revogado):

> Art. 394-A antes da Reforma Trabalhista: A empregada gestante ou lactante será afastada, enquanto durar a gestação e a lactação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, devendo exercer suas atividades em local salubre.

A partir do dispositivo podemos perceber que a regra consistia na proibição do trabalho da mulher em locais insalubres no caso de lactação e gravidez. Vale frisar que não há

[53] A proibição do trabalho das mulheres em condições insalubres estava prevista, respectivamente, no art. 121, § 1º, d, da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, no art. 137, k, da Constituição dos Estados Unidos do Brasil – o qual foi posteriormente suspenso pelo Decreto 10.358 de 1942, no art. 157, IX, da Constituição dos Estados Unidos do Brasil e no art. 158, X, da Constituição da República Federativa do Brasil.
[54] BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 707.
[55] Art. 394 da CLT: Mediante atestado médico, à mulher grávida é facultado romper o compromisso resultante de qualquer contrato de trabalho, desde que este seja prejudicial à gestação.

intenção do legislador em dissociar a mulher grávida da que se encontra em período de lactação, sendo ambas tratadas juridicamente da mesma forma.

C. E. SIQUEIRA e NEY MARANHÃO apontam três principais críticas a esse arranjo normativo.

A primeira tratar-se-ia de uma irrazoável generalidade normativa, ou seja, segundo os autores, existem fatores que apesar de tornarem o local insalubre, apresentariam baixos ou mesmo nenhum risco às grávidas e às lactantes.

Como segunda crítica, eles apontam a completa inflexibilidade técnica do dispositivo, uma vez que apresentava como única alternativa o afastamento da mulher grávida ou lactante do ambiente insalubre.

Por fim, critica-se ainda a baixa eficácia social apresentada pelo dispositivo, pois em determinadas situações, como no caso de enfermeiras e médicas, a implementação seria, na prática, impossível[56].

4. REFORMA TRABALHISTA E A ALTERAÇÃO DO ARTIGO 394 -A

A Lei 13.467, de 13 de julho de 2017, comumente conhecida como Reforma Trabalhista, ocasionou uma série de alterações no corpo da CLT. Em especial alterou o Capítulo III do Título III, que trata da proteção à mulher e ao seu trabalho em quatro pontos: *(i)* revogou o parágrafo único do art. 372 da CLT; *(ii)* revogou do art. 384 da CLT; *(iii)* inseriu o § 2º no art. 396; e *(iv)* reformulou o art. 394-A[57].

Com a alteração do art. 394-A houve uma profunda modificação no tratamento jurídico do trabalho das gestantes e lactantes em ambiente insalubre.

De acordo com o novo art. 394-A:

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

[56]SIQUEIRA, Carlos Eduardo; MARANHÃO, Ney. *Trabalho de Gestantes e Lactantes em Atividade insalubre: Comentários críticos ao novo art. 394-A da CLT – Abordagem médico-jurídica*. FELICIANO, Guilherme Guimarães; TREVISO, Marco Aurélio Marsiglia; FONTES, Saulo Tarcísio de Carvalho. *Reforma Trabalhista: visão, Compreensão e Crítica*. São Paulo: LTr, 2017. p. 88.

[57] DELGADO, Mauricio Godinho, DELGADO, Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017. p. 147.

> 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.

Para as empregadas gestantes, o afastamento imediato só está previsto nos casos em que o ambiente de trabalho esteja enquadrado no grau máximo de insalubridade (art. 394-A, I da CLT). No entanto, são poucas as circunstâncias previstas de insalubridade em sua maior gradação. Como ressalta H. B. M. DA SILVA:

> (...) ao longo dos 14 anexos da NR 15, existe apenas o grau máximo no contato com alguns agentes químicos e biológicos em riscos exacerbado, como centros cirúrgicos, limpeza de bueiros e trabalho em necrotérios. Há, também grau máximo no contato com radiação ionizante (cancerígena) e com as pressões elevadas para os trabalhadores submersos[58].

Percebe-se, portanto, que a maioria das situações previstas na NR 15 lida com o grau médio de insalubridade, como exposição ao calor e ao frio (Anexo 3 e Anexo 9), a ruídos (Anexo 1 e 2), a vibrações (Anexo 8), à umidade (Anexo 10), entre outros. Por conseguinte, o inciso I do art. 394-A não abarcaria a maior parte das atividades que expõe as trabalhadoras a condições insalubres. O inciso I, na realidade, abarca apenas uma pequena parcela das atividades em geral.

Ainda a partir da leitura do artigo, salta aos olhos a distinção realizada pelo legislador entre o labor da mulher grávida e da lactante em ambiente insalubre. Com a mudança, o regramento a respeito da mulher lactante torna-se mais flexível, admitindo-se, *a priori*, que a obreira lactante trabalhe em ambiente com qualquer grau de insalubridade, o que, até o momento, restava expressamente proibido. Vale lembrar que a decisão do legislador reformista pela cisão de tratamento jurídico trata-se de uma medida criticável sob a esfera médica[59].

O Parecer n. 29, de 20 de junho de 2017, da Comissão de Assuntos Sociais (CAS)[60] tangencia o tema em questão, pois o relator Paulo Paim (PT-RS) aponta que o fato de ser permitida a empresa excluir a empregada da folha de pagamento caso não haja para ela outra ocupação compatível, transferindo assim à Previdência Social todos os encargos relacionados à maternidade, eximindo a empresa da sua função social e constitucional.

No entanto, no Parecer n. 67, de 28 de junho de 2017, da Comissão de Constituição,

---

[58] SILVA, Homero Batista Mateus da. *CLT Comentada*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 268.
[59] SIQUEIRA, Carlos Eduardo; MARANHÃO, Ney. *Trabalho de Gestantes e Lactantes em Atividade insalubre: Comentários críticos ao novo art. 394-A da CLT – Abordagem médico-jurídica*. FELICIANO, Guilherme Guimarães; TREVISO, Marco Aurélio Marsiglia; FONTES, Saulo Tarcísio de Carvalho. *Reforma Trabalhista: Visão, Compreensão e Crítica*. São Paulo: LTr, 2017. p. 88.
[60]https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5349695&ts=1553283195594&disposition=inline. Acesso em 20 de março de 2019.

Justiça e Cidadania (CCJ)[61], o relator Romero Jucá afirma que a mudança no art. 394-A consiste em uma forma de privilegiar a autonomia das partes. Caberia à empregada, em conjunto com seu médico de confiança, estabelecer o que seria melhor para ela durante o período de gestação e lactação. Romero Jucá sustenta que, na verdade, a modificação consistiria em um ganho à gestante e à lactante e não em um prejuízo.

Já o então senador Ricardo Ferraço (PSDB-ES) no Parecer n. 34, de 06 de junho de 2017, da Comissão de Assuntos Econômicos (CAE)[62] apresenta fervorosa crítica a mudança no artigo, pois, apesar de reconhecer que existe uma parcela das trabalhadoras que poderá ser beneficiada com a alteração – como médicas e enfermeiras –, esta não representa a maior parte das obreiras.

Ainda de acordo com Ferraço, o legislador deve agir visando atingir um equilíbrio que abarque *''o mercado de trabalho de diversos 'Brasis', e não o de legislar pela exceção''*. Tal alteração propicia abusos e prejuízos de empregadas menos esclarecidas e que possuam poder de barganha reduzido em locais de insalubridade maior que hospitais, por exemplo. Ademais, vale frisar que o escopo da norma não se restringe apenas à proteção da mulher, mas também do nascituro.

Há mais similitude com o que afirma Ferraço, pois acredita-se que a modificação foi extremamente prejudicial às mulheres lactantes, apesar da previsão contida no inciso III, a qual prevê que as atividades podem ser suspensas, independentemente do grau de insalubridade, quando for apresentado ao empregador um atestado de saúde emitido por um *''médico de confiança''* da lactante que recomende o afastamento da obreira.

Discorda-se do Parecer n. 67, pois acredita-se que uma matéria de tamanha relevância, não apenas no âmbito individual como coletivo, é de responsabilidade também da sociedade e do Estado, não podendo ser delegada apenas à mulher trabalhadora. Vale lembrar, que se pressupõe, com a relação de emprego, uma desigualdade considerável entre as partes (empregador e empregado), o que por sua vez, prejudicaria a autonomia das partes. É por isso que normas mínimas de proteção à maternidade devem ser estabelecidas e garantidas pelo Estado.

O novo inciso III do art. 394-A merece ainda dois apontamentos. O primeiro consiste no aparente acerto do legislador em confiar o atestado que recomende o afastamento a um

[61]https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5375790&ts=1553283211661&disposition=inline. Acesso em 20 de março de 2019.
[62]https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5326353&ts=1553283173145&disposition=inline. Acesso em 20 de março de 2019.

médico de confiança da lactante. Isso pois, no caso de no médico ser empregado da empresa ou mesmo indicado por esta, haveria grande possibilidade de que a decisão tomada seja eivada de parcialidade.

No entanto, delegar uma decisão de tamanha relevância a um único médico – que não necessariamente está relacionado com especialidades referentes à obstetrícia e à pediatria – torna-se uma medida legislativa extremamente ousada. Ademais, não é irrelevante salientar que são diversos os fatores que podem interferir no processo de lactação, ressaltando-se aqui as condições psíquicas da lactante.

O segundo apontamento, por sua vez, faz menção à inversão da regra principal, a qual previa o afastamento da obreira. Com a necessidade de apresentação de um atestado médico que recomende o afastamento, tanto no caso da gestante quanto da lactante, há a inversão do ônus da avaliação técnica dos riscos labor-ambientais. Tal medida gera uma completa inversão de papéis ao designar à trabalhadora averiguar os riscos laborais[63].

No que diz respeito a Jurisprudência, vale apontar a proposição pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5938 com o escopo de impugnar os incisos II e III do art. 374-A da CLT. Alegou-se que os dispositivos citados consistiriam em uma afronta a proteção constitucional à maternidade, à gestação, à saúde, à mulher, ao nascituro e aos recém-nascidos, ao meio ambiente do trabalho e ao próprio trabalho em si considerado.

Através de decisão monocrática e em juízo de cognição sumária, o Ministro Alexandre de Morais, deferiu medida cautelar na ADI 5938, alegando que estariam presentes os requisitos indispensáveis para a concessão da mesma: *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* (perigo de lesão irreparável). Ademais, o Ministro justificou sua decisão no fato de que a proteção da mulher grávida ou lactante se baseia não somente na proteção à mulher, mas também na proteção da criança. O direito em questão teria, portanto, dupla titularidade.

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

[63] SIQUEIRA, Carlos Eduardo; MARANHÃO, Ney. *Trabalho de Gestantes e Lactantes em Atividade insalubre: Comentários críticos ao novo art. 394-A da CLT – Abordagem médico-jurídica*. FELICIANO, Guilherme Guimarães; TREVISO, Marco Aurélio Marsiglia; FONTES, Saulo Tarcísio de Carvalho. *Reforma Trabalhista: Visão, Compreensão e Crítica*. São Paulo: LTr, 2017. p. 90.

> A imprescindibilidade da máxima eficácia desse direito social – proteção a maternidade –, portanto, também decorre da absoluta prioridade que o art. 227 do texto constitucional estabelece de integral proteção à criança, inclusive, ao recém-nascido. Na presente hipótese, temos um direito de dupla titularidade.
> A proteção a maternidade e a integral proteção à criança são direitos irrenunciáveis e não podem ser afastados pelo desconhecimento, impossibilidade ou a própria negligência da gestante ou lactante em juntar um atestado médico, sob pena de prejudicá-la e prejudicar o recém-nascido.[64]

Trata-se de uma importante decisão dentro do cenário brasileiro, pois reconheceu que o dispositivo 394-A da CLT gera prejuízos não só na esfera de direitos da mulher, mas também nos direitos das crianças, gerando implicações na sociedade como um todo.

5 CONCLUSÃO

Trata-se de uma tarefa, no mínimo, desafiadora analisar uma matéria de tamanha complexidade. Ao mesmo tempo em que se deve ter em mente que a sociedade vem se modificando, e, para tanto, é necessário que o ordenamento jurídico esteja de acordo com essa evolução, não se pode olvidar da trajetória histórica e da fundamentação dos direitos sociais.

A Reforma Trabalhista trouxe, como já dito, diversas mudanças com a aparente função de adequar as normas jurídico-laborais a uma nova sociedade, a qual as leis já positivadas não mais se ajustariam.

No entanto, como pode-se depreender a partir da análise do art. 394-A, a adequação à nova realidade tratou-se apenas de um pretexto, tendo como real escopo a redução de direitos sociais já consagrados.

Têm-se, no caso em tela, a redução de direitos e garantias das trabalhadoras grávidas e das lactantes, ao possibilitar – e de certa forma induzir – que estas se submetam a exercer suas atividades em ambientes insalubres, pondo em risco não apenas sua própria saúde, mas, principalmente, a do nascituro ou, no caso da lactante, do bebê.

A modificação apenas ratifica um cenário que vem se construindo ao longo dos últimos anos, de restrição de direitos – em especial, femininos. O legislador não se ateve aos prejuízos – sejam estes conhecidos ou não – da insalubridade, como o teria feito se tive buscado, por exemplo, atualizar os índices e tabelas da NR 15 há muito ultrapassadas.

Muito pelo contrário, o legislador aumentou as hipóteses de exposição dos trabalhadores, ao tornar regra que obreiras mulheres laborem em casos de gestação e lactância

[64] http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5938decisoliminarMin.AlexandredeMoraesem30.4.19.pdf. Acesso em 01/06/2019.

em situações insalubres. Ao realizar uma cisão no tratamento jurídico da gestante e lactante, o legislador ignora que, em ambos os casos, a questão não se restringe apenas à saúde da mulher.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.

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

ROJO, Eduardo Caamaño. *Lactancia*. GRAU, Antonio Baylos; THOMÉ, Candy Florencio; SCHWARZ, Rodrigo García. *Diccionario Internacional de derecho del trabajo y de seguridade social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014. p. 1293 - 1298.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *CLT Comentada*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

SIQUEIRA, Carlos Eduardo; MARANHÃO, Ney. *Trabalho de Gestantes e Lactantes em Atividade insalubre: Comentários críticos ao novo art. 394-A da CLT – Abordagem médico-jurídica*. FELICIANO, Guilherme Guimarães; TREVISO, Marco Aurélio Marsiglia; FONTES, Saulo Tarcísio de Carvalho. *Reforma Trabalhista: Visão, Compreensão e Crítica*. São Paulo: LTr, 2017. p. 87 - 94.

THOMÉ, Candy Florencio. *Protección de la Maternidad*. GRAU, Antonio Baylos; THOMÉ, Candy Florencio; SCHWARZ, Rodrigo García. *Diccionario Internacional de derecho del trabajo y de seguridad social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014. p. 1819-1824.