



**AFASTAMENTO DA GESTANTE OU LACTANTE EM CASO DE ATIVIDADES  
INSALUBRES À LUZ DA REFORMA TRABALHISTA: DIREITO DA MULHER  
OU DA CRIANÇA?**

WITHDRAWAL OF THE PREGNANT OR INFANT IN THE EVENT OF ACTIVITIES  
UNDERWEIGHT IN THE LIGHT OF THE LABOR REFORM: RIGHT OF THE  
WOMAN OR THE CHILD?

*Gabriel Celestino Galhego Garcia<sup>1</sup>*

**RESUMO:** O presente trabalho versou sobre a natureza jurídica e titularidade do direito de afastamento da gestante ou lactante em caso de desempenho de atividades laborais consideradas insalubres, com atenção a narrativa do artigo 394-A, da Consolidação das Leis do Trabalho. Foram abordados os conceitos de atividade insalubre, gestação, amamentação, e aleitamento, ações afirmativas para a o trabalho da mulher e seus desdobramentos. Após, buscou-se evidenciar as mudanças legislativas e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, com a respectiva conclusão. O presente estudo buscou uma abordagem qualitativa, com objetivo explicativo, cujo procedimento utilizado foi o bibliográfico e histórico, com a utilização de doutrinas e jurisprudência.

**Palavras-chave:** Afastamento; insalubridade; mulher; gestação; lactação.

---

<sup>1</sup> Advogado. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Católico Salesiano Auxilium - UniSalesiano Araçatuba/SP. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus- FDDJ. E-mail: gabrielgalhego@hotmail.com.

**ABSTRACT:** The present study dealt with the legal nature and entitlement of the right to leave the pregnant or nursing woman in the event of the performance of unhealthy work activities, with attention to the narrative of Article 394-A, of the Consolidation of Labor Laws. The concepts of unhealthy activity, gestation, breastfeeding, and breastfeeding, affirmative actions for the work of the woman and its unfolding were discussed. Afterwards, it was tried to evidence the legislative changes and the position of the Federal Supreme Court, with the respective conclusion. The present study sought a qualitative approach, with an explanatory objective, the procedure used was the bibliographical and historical, with the use of doctrines and jurisprudence.

**Keywords:** Clearance; unsanitary; woman; gestation; lactation.

## INTRODUÇÃO

A fim de protagonizar a sua vida, a mulher passou a desempenhar papel fundamental nas diversas camadas da sociedade, inclusive na esfera laboral. Ao garantir posição igualitária perante os homens, a mulher agora ocupa posições antes consideradas como preponderantemente masculinas, sendo submetidas a execução de força física e expostas a agentes externos nocivos a sua saúde, tais como calor excessivo, lixo, agentes químicos e biológicos, entre outros.

Considerando as suas peculiaridades fisiológicas, principalmente pela sua capacidade reprodutiva e gestacional, a Consolidação das Leis do Trabalho conferiu o direito ao afastamento da atividade insalubre durante a gravidez e amamentação.

Em um primeiro momento o presente trabalho abordará questões sobre o trabalho insalubre de uma maneira genérica, previsão legal e como se desenvolve no contrato de trabalho. Após, a obra passará a se voltar ao trabalho da mulher, a gestação, amamentação e aleitamento.

Derradeiramente, o estudo exibirá o progresso legislativo acerca do tema, observando a oscilação entre o protecionismo e a flexibilização deste direito em prol do empresariado.

Por fim, embasados em toda análise, realizaremos um posicionamento sobre a titularidade da referida garantia, ou seja, a quem ela verdadeiramente é destinada.

Vale ressaltar que o presente trabalho não visa esgotar o tema, pois os debates que envolvem a matéria apresentam-se de forma exaustiva, podendo até ser explorada em obras maiores. Devemos também levar em consideração que até a data de conclusão do texto não se obteve um posicionamento fechado da jurisprudência majoritária e tribunais superiores.

## **1. O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE INSALUBRE DURANTE O CONTRATO DE TRABALHO**

Dentre as várias atividades exercidas pelos setores da economia, o indivíduo, ao integrar-se ao mercado de trabalho, poderá estar sujeito a funções que o exponha a agentes externos nocivos a sua incolumidade física de forma paulatina.

Com sensibilidade ao tema, o Decreto-Lei n. ° 5.452, de 1º de maio de 1943, que aprovou a Consolidação das Leis do Trabalho, regulamentou a problemática e previu mecanismos a fim de retribuir o empregado por esta atividade pontual e amenizar ou até extinguir as consequências que porventura possa sofrer em sua saúde.

Neste sentido, a Consolidação das Leis do Trabalho definiu as atividades e operações insalubres da seguinte forma:

Art. . 189 - 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. (CASSAR, 2018, p.145).

Ainda, com a necessidade de pormenorizar o assunto, o legislador delegou ao Ministério do Trabalho a classificação dos agentes e condições capazes de configurar a atividade insalubre no ambiente de trabalho, bem como aferir meios para a fiscalização e punição aos transgressores:

Art. . 190 - 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. (CASSAR, 2018, p.145).

Para isto, a entidade governamental editou a Norma Regulamentadora n. ° 15, com quatorze anexos, dentre os quais informou que a exposição a agentes biológicos tais como

materiais orgânicos, lixo urbano, esgoto; agentes químicos como carvão, chumbo, mercúrio e substâncias cancerígenas, além da submissão a condições específicas de temperatura, ruídos, vibrações, umidade, entre outros é capaz de ensejar a insalubridade da atividade laboral.

Com o intuito de indenizar o trabalhador pelo possível detrimento de sua saúde ao ser exposto pelos agentes elencados, aliado a norma regulamentadora, a Constituição Federal implementou um adicional ao salário do obreiro capaz de atingir a contingência conforme a intensidade a sua exposição. Vejamos:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]  
XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei; [...] (CASSAR, 2018, p.11-12).

Em carreira a Consolidação das Leis do Trabalho estabelece:

Art. 192 - 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. (CASSAR, 2018, p.145).

Segundo os ensinamentos de Delgado (2015, p.815), “os adicionais consistem em parcelas contraprestativas suplementares devidas ao empregado em virtude do exercício do trabalho em circunstâncias tipificadas mais gravosas.”.

Ainda, no que tange a precificação da respectiva parcela, a literalidade do artigo 192, da Consolidação das Leis do Trabalho informa que tal adicional deverá ser indexado ao salário-mínimo de cada região. Entretanto, há discordância doutrinária a respeito do tema, como evidencia o posicionamento de Nascimento (2011, p.835-836):

[...] integra a remuneração-base do empregado para todos os fins; esses percentuais vinham incidindo sobre o salário mínimo, qualquer que fosse o salário contratual do empregado, mas a Constituição de 1988 (art. 7º, IV), ao proibir a vinculação de outros pagamentos ao salário mínimo, alterou o critério que vinha sendo observado; uma solução possível é o cálculo sobre os pisos salariais das categorias estabelecidos em convenções ou sentenças normativas. [...]

Vale ressaltar que a taxatividade dos agentes classificados pela norma regulamentadora é imperiosa para a aplicabilidade do referido instituto, inclusive quando a questão é levada ao judiciário. Neste sentido, o Egrégio Tribunal Superior do Trabalho

entende que:

Súmula nº 448 do TST. ATIVIDADE INSALUBRE. CARACTERIZAÇÃO. PREVISÃO NA NORMA REGULAMENTADORA Nº 15 DA PORTARIA DO MINISTÉRIO DO TRABALHO Nº 3.214/78. INSTALAÇÕES SANITÁRIAS. (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 4 da SBDI-1 com nova redação do item II) – Res. 194/2014, DEJT divulgado em 21, 22 e 23.05.2014. I - Não basta a constatação da insalubridade por meio de laudo pericial para que o empregado tenha direito ao respectivo adicional, sendo necessária a classificação da atividade insalubre na relação oficial elaborada pelo Ministério do Trabalho.[...] (CASSAR, 2018, p.1222).

Súmula nº 293 do TST. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. CAUSA DE PEDIR. AGENTE NOCIVO DIVERSO DO APONTADO NA INICIAL (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. A verificação mediante perícia de prestação de serviços em condições nocivas, considerado agente insalubre diverso do apontado na inicial, não prejudica o pedido de adicional de insalubridade. (CASSAR, 2018, p.1212).

Desta forma, para que o trabalho ou operação seja configurado como insalubre não basta a simples existência do agente causador, mas sim é necessário à sua tipificação na norma regulamentadora do Ministério do Trabalho.

No mesmo sentido, caso o trabalhador, ao ingressar com pedido judicial pleiteando o competente adicional, embora tenha apontado agente diverso do resultado da perícia técnica e o fator estiver previsto na norma, este deverá ser deferido pelo magistrado em face da adequação típica entre os fatos e a realidade.

Por fim, interessante mencionar que o fornecimento de equipamento de proteção individual pela empresa ao empregado poderá, conforme as características do ofício, bem como de laudo técnico atestador, extinguir a situação insalubre, motivo pelo qual o pagamento do respectivo adicional deverá ser suprimido da remuneração do obreiro.

## **2. A MULHER GESTANTE OU LACTANTE E O TRABALHO INSALUBRE**

### **2.1. A mulher grávida ou lactante e o contrato de trabalho**

Durante o desenvolvimento ordinário do contrato de trabalho, ou até mesmo em casos de admissão ou dispensa, a mulher poderá notificar ao empregador o seu estado gravídico. A partir deste marco, a sua interação com o ambiente de trabalho passará a ser sofrer algumas adaptações.

Ofertando um conceito mais técnico à gravidez, Coutinho et al. (2014, p.18),

entende que:

[...] Este período da vida da mulher, que se inicia aquando da concepção, se estende por um período de cerca de 40 semanas, e termina com o parto, é um período em que ocorrem alterações profundas no que respeita ao estilo de vida, provocando mudanças não apenas na vida pessoal, mas também na vida do casal e de toda a família. É também uma fase de preparação física e psicológica, para o nascimento e para a parentalidade.

Para o Direito do Trabalho, a mulher grávida exercerá dentro dos parâmetros e adaptações razoáveis as atividades a qual foi designada pela empresa até o momento que em que decidir gozar de sua licença-maternidade.

Referida licença tem o período “de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário” (CASSAR, 2018, p.174), conforme artigo 392, “caput”, da Consolidação das Leis do Trabalho e, ainda, poderá ser prorrogada por mais 60 (sessenta) dias, perfazendo o total de 180 (cento e oitenta) dias, nos termos da lei n.º 11.770, de 09 de setembro de 2008, que instituiu o programa Empresa Cidadã.

Inicia-se “entre o 28º. (vigésimo oitavo) dia antes do parto e ocorrência deste” (CASSAR, 2018, p.174) e “os períodos de repouso, antes e depois do parto, poderão ser aumentados de 2 (duas) semanas cada um, mediante atestado médico” (CASSAR, 2018, p.174).

Após o seu retorno ao trabalho, a mulher ainda poderá estar em fase de amamentação ou aleitamento. Para Rego (2008 apud LOUZADA, 2008):

O termo amamentação se difere do aleitamento materno, pois o conceito da amamentação é o ato da mãe dar diretamente o peito para o bebê mamar e o aleitamento materno se refere ao meio pelo qual a criança recebe o leite de sua mãe, que pode ser pela mama, pelo copinho, pela colherzinha, pelo conta-gotas e até mesmo pela mamadeira.

A amamentação não é apenas uma técnica alimentar: é muito mais do que a simples passagem do leite de um organismo para o outro, ainda que diretamente ao seio. Ela é um rico processo de entrosamento entre dois indivíduos um que amamenta e o outro que é amamentado. A amamentação não só é propiciada como também propiciadora de uma gama de interações facilitadoras de formação e consolidação do vínculo mãe-filho. A participação da família, em especial do pai, tem grande influência na amamentação.

Mesmo após o findar da gravidez, caso a mulher ainda estiver amamentando ou aleitando o seu filho, a empresa deverá levar em conta as suas necessidades e as do alimentante a fim de adaptar a jornada de trabalho às normas de segurança, saúde e higiene.

Levadas tais considerações, podemos perceber que a mulher, especialmente a gestante e/ou lactante, apresenta-se de forma hipossuficiente e singular na relação entre empresa e empregado, não podendo ter o mesmo rígido tratamento ao que se dá para o trabalhador do gênero masculino. Caso assim fosse, essa formal equiparação somente ocasionaria mais desigualdades sociais no ambiente de trabalho.

## 2.2. Discriminações positivas ou ações afirmativas

Levando-se em conta as suas particularidades físicas, inclusive a sua capacidade fértil e gestacional, a lei e a doutrina estabeleceram parâmetros de segurança, saúde e higiene a fim de diminuir as desigualdades enfrentadas no campo fático.

Embora a Constituição Federal tenha estabelecido em seu artigo 5.º, inciso I, que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição” (CASSAR, 2018, p.7) e, em seu artigo 7.º, inciso XXX, a “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil” (CASSAR, 2018, p.12), entendemos que a igualdade suscitada deverá ser em seu sentido material, uma vez que a simples equiparação de direitos e deveres (igualdade formal) não supre as necessidades da mulher, sendo ou não gestante ou lactante. Sobre o tema, Lenza (2010, p.751), explicita que:

O artigo 5.º, “caput, consagra serem todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Deve-se, contudo, buscar não somente essa aparente igualdade formal (consagrada no liberalismo clássico), mas, principalmente, a igualdade material, uma vez que a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

Isto porque, no Estado Social ativo, efetivador dos direitos humanos, imagina-se uma igualdade mais real perante os bens da vida, diversa daquela apenas formalizada perante a lei.

Assim, ao par do pensamento exibido, estabeleceram-se as chamadas discriminações positivas ou ações afirmativas, para que seja estabelecida a máxima efetividade da igualdade material, ou seja, aproximar, neste caso, os extremos fisiológicos entre homens e mulheres.

Neste sentido Araújo e Nunes Júnior (2002 apud LENZA, 2010, p.752-753), lecionam que:

[...] o constituinte tratou de proteger certos grupos que, ao seu entender,

mereciam tratamento diverso. Enfocando-os a partir de uma realidade histórica de marginalização social ou de hipossuficiência decorrente de outros fatores, cuidou de estabelecer medidas de compensação, buscando concretizar, ao menos em parte, uma igualdade de oportunidades com os demais indivíduos, que não sofreram as mesmas espécies de restrições.

A fim de estabelecer tais ações inclusivas, no tocante a normas de saúde, segurança e higiene, a Consolidação das Leis do Trabalho regulou diversas situações envolvendo a gestação, maternidade e lactação da mulher. Dentre temas como ausências para exames pré-natal e consultas médicas, intervalos para amamentação do filho, levantamento de peso de 20 a 25 quilogramas, salvo quando disponível o apoio mecanizado, estabilidade da gestante e licença maternidade, o diploma trabalhista e a Constituição Federal se preocuparam veementemente com o trabalho insalubre da mulher gestante ou lactante, temendo que seu ofício ocasione possíveis sequelas.

A partir desta premissa passaremos a analisar o direito de afastamento do trabalho insalubre quando verificado o estágio gravídico da mulher e, conseqüentemente, quando há necessidade de amamentar o seu filho.

### **3. ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS SOBRE O TRABALHO INSALUBRE DA MULHER GESTANTE OU LACTANTE**

#### **3.1. Consolidação das leis do trabalho**

No tocante ao afastamento das atividades da mulher gestante e lactante, o Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943, que aprovou a Consolidação das Leis do Trabalho, enfatizou em seu artigo 394 que “mediante atestado médico, à mulher grávida é facultado romper o compromisso resultante de qualquer contrato de trabalho, desde que seja prejudicial à gestação” (MIESSA et al., 2017, p.111).

Seguidamente, aliado a esse viés protecionista, caso a mulher gestante ou lactante opte em prosseguir com o exercício do contrato de trabalho, o diploma trabalhista determinou em seu artigo 394-A que “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.” (MIESSA et al., 2017, p.111).

Em um primeiro momento, considerando os dispositivos legais elencados, podemos

vislumbrar que o legislador trabalhista se preocupou em retirar a mulher de um ambiente possivelmente prejudicial a sua saúde, bem como a de seu filho, estando ele intrauterinamente ou já nascido em fase de amamentação/aleitamento.

Vale ressaltar que o diploma matriz enfatizou que o afastamento do ofício insalubre, em caso de continuidade na empresa, deverá ocorrer de forma imperiosa e independentemente do nível de nocividade, ou seja, mesmo quando a exposição for mínima, a empregada deverá ser deslocada para uma atividade salubre.

### **3.2. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**

Por sua vez, focada em flexibilizar os direitos do trabalhador em prol do crescimento econômico e o aumento de empregos, a Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, conhecida como “reforma trabalhista” por alterar pontos significativos na Consolidação das Leis do Trabalho, instituiu um novo regime para o exercício da atividade insalubre a mulher grávida ou lactante. Vejamos:

Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de:

I - atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação;

II - atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação;

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

§ 1º (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. (CASSAR, 2018, p.175-176).

A partir desse marco, a mudança legislativa possibilitou que a mulher gestante ou lactante em casos de insalubridade em nível de nocividade mínimo ou médio continuasse a exercer normalmente o seu ofício, salvo parecer médico contrário.

Tal abrandamento das normas de saúde, segurança e higiene geraram muitas discussões a respeito da infração à incolumidade física da mulher e da criança, motivo pelo

qual o dispositivo passou por alterações.

### 3.3. Medida provisória nº 808, de 14 de novembro de 2017

Com a larga insatisfação a diversos pontos da lei reformadora, em 14 de novembro de 2017 editou-se a Medida Provisória nº 808 que visou aprimorar vários institutos abordados pela mudança, inclusive sobre o tema em debate. Neste sentido, o novo artigo 394-A, da Consolidação das Leis do Trabalho passou a ter a seguinte redação:

Art. 394-A. A empregada gestante será afastada, enquanto durar a gestação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres e exercerá suas atividades em local salubre, excluído, nesse caso, o pagamento de adicional de insalubridade.

§ 1º (VETADO)

§ 2º O exercício de atividades e operações insalubres em grau médio ou mínimo, pela gestante, somente será permitido quando ela, voluntariamente, apresentar atestado de saúde, emitido por médico de sua confiança, do sistema privado ou público de saúde, que autorize a sua permanência no exercício de suas atividades.

§ 3º A empregada lactante será afastada de atividades e operações consideradas insalubres em qualquer grau quando apresentar atestado de saúde emitido por médico de sua confiança, do sistema privado ou público de saúde, que recomende o afastamento durante a lactação. ” (CASSAR, 2018, p.175-176).

Analisando o artigo em testilha, podemos vislumbrar que o legislador pretendeu buscar uma adaptação entre o regime antigo e o inovador, visando a materialização da igualdade e não discriminação no ambiente do trabalho.

Conforme a exposição de motivos a elaboração da medida provisória:

[...] Empregadas gestantes/lactantes e ambiente insalubre

10.5 A Medida Provisória proposta promove alterações na redação do caput e do § 2º, além de incluir os §§ 3º e 4º ao art. 394-A do Decreto-Lei nº 5.452, de 1943, buscando garantir o afastamento da mulher gestante de atividades insalubres em grau máximo como forma de preservar a sua saúde e a do nascituro, ao mesmo tempo em que se permite que, nos casos de atividades insalubres em grau médio e mínimo possam ser exercidos pela mulher, quando esta, voluntariamente, apresentar atestado de saúde emitido por médico de sua confiança que autorize sua permanência no exercício das atividades.

10.6 Já no que tange ao exercício de atividades insalubres por mulheres lactantes, propõe-se que a mulher seja afastada da atividade insalubre em qualquer grau, caso apresente atestado de saúde emitido por médico de sua confiança que recomende o seu afastamento durante o período de lactação.

10.7 Este dispositivo tem o cuidado de não promover situações de discriminação da mulher em locais com atividades insalubres, o que pode afetar a sua empregabilidade, principalmente quando se tratar de mulher em idade reprodutiva. É de grande importância atingir ambos objetivos, quais sejam a garantia da saúde da mulher e a sua empregabilidade, notadamente em atividades

ligadas à área de saúde. [...] (BRASIL, 2017, p. 3-4).

Entretanto, por falta de articulação política, a medida provisória reformadora não foi convertida em lei e perdeu a sua eficácia no dia 23 de abril de 2018, momento em que deu abertura para o retorno dos efeitos da alteração feita pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.

#### **4. A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 5938 E O POSICIONAMENTO PRELIMINAR DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Irresignada com o retorno dos efeitos da lei reformadora, logo após a perda da eficácia da Medida Provisória nº 808, a Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos, em 25 de abril de 2018, impetrou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade almejando a invalidez da parte final dos incisos II e III do artigo 394-A, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Para a confederação militante, as expressões “[...] quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação” (CASSAR, 2018, p.176) e “[...] quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação” (CASSAR, 2018, p.176), violam gravemente a dignidade da pessoa humana, os direitos sociais, direitos trabalhistas da mulher, direitos inerentes a saúde, a proteção à maternidade, meio ambiente laboral, entre outros, já que abrem precedente a submissão de riscos para as gestantes, lactantes e seus filhos.

Na oportunidade, a autora adentrou com pedido liminar em medida cautelar, que foi deferido pelo ministro relator do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes sob os seguintes fundamentos. Vejamos:

[...] 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.

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 à maternidade e a integral proteção à criança são direitos irrenunciáveis e não podem ser afastados pelo desconhecimento, impossibilidade ou a própria negligência da gestante ou lactante em juntar um atestado médico, sob pena de prejudicá-la e prejudicar o recém-nascido.

Dessa maneira, entendo, em juízo de cognição sumária, que as expressões impugnadas não estão em consonância com os dispositivos constitucionais supramencionados, os quais representam não apenas normas de proteção à mulher gestante ou lactante, mas também ao nascituro e recém-nascido lactente. [...]

Diante de todo o exposto, com fundamento no art. 10, § 3º, da Lei 9.868/1999 e no art. 21, V, do RISTF, CONCEDO A MEDIDA CAUTELAR, ad referendum do Plenário desta SUPREMA CORTE, para suspender a eficácia da expressão “quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento”, contida nos incisos II e III do art. 394-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), inseridos pelo art. 1º da Lei 13.467/2017. [...] (BRASIL, 2019, p.7-9).

Compulsando o julgado, podemos evidenciar que a corte suprema, através do ministro relator preocupou-se em estabelecer uma proteção de “dupla titularidade” de direitos, a medida de que um lado deve assegurar um trabalho digno, estável e sadio à mulher e do outro deverá prezar pela maternidade, vida e saúde da criança.

Cabe ressaltar que respectiva decisão, datada em 30 de abril de 2019, ainda não foi levada a julgamento definitivo, podendo ser revertida quando for decidida pelo colegiado.

## CONCLUSÃO

Considerando todos os fundamentos do presente estudo, entendemos que o direito ao afastamento total ou parcial para local salubre da mulher gestante ou lactante em qualquer nível de nocividade é imprescindível para o regular desenvolvimento do contrato de trabalho.

Tal garantia dignifica o ofício da mulher e afasta a insegurança jurídica, podendo ela fortificar as relações de afeto com seu filho enquanto aguarda tranquilamente o seu retorno ao trabalho em momento oportuno, caso deseje.

Entretanto, em vista que o disposto nos artigos 394, 394-A e seguintes, da Consolidação das Leis do Trabalho possuem natureza imperativa, não cabendo negociação entre as partes e, também, sobretudo, por versarem sobre matéria de segurança, saúde e higiene, o entendimento preponderante deverá ser que a garantia expressa na lei assegura o direito fundamental à vida e a incolumidade física da criança, estando ela em vida intrauterina ou, após o parto, na qualidade de nascituro ou em amamentação avançada.

Portanto, consolidamos que o instituto estudado tutela soberanamente direito do filho da trabalhadora.

Salientamos que o posicionamento tomado não despreza os direitos sociais da mulher obreira, admitindo que eles percorrem simultaneamente com os direitos fundamentais mencionados, todavia, entre um direito social ajustável devemos escolher o direito à vida, que é irrenunciável e incorruptível, dentro dos termos da lei.

Neste sentido, quando a mulher opta por desenvolver uma atividade considerada insalubre tem plena ciência que seu ofício poderá denegrir de forma hipotética e paulatina a sua saúde e para tal, recebe da empresa, como forma de retribuição pela sua energia laboral, o adicional de insalubridade de acordo com o grau atestado pelo Ministério do Trabalho através da norma regulamentadora.

Por sua vez, a criança, que é sujeito alienígena ao contrato de trabalho, não pode ser prejudicada, ainda que de forma indireta, pelos agentes externos causadores da insalubridade no ambiente laboral, devendo o afastamento em testilha ser destinado a ela.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Exposição de motivos a MEDIDA PROVISÓRIA Nº 808, DE 14 DE NOVEMBRO DE 2017. **Altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei n º 5.452, de 1 º de maio de 1943.** Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Exm/Exm-MP-808-17.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Exm/Exm-MP-808-17.pdf)>. Acesso em 06 maio 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.938 DF. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos. Relator: Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 30 de abril de 2019. Data de publicação: 02 de maio de 2019. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340043987&ext=.pdf>>. Acesso em 05 maio 2019.

CASSAR, Vólia B. **CLT organizada:** consolidação das leis do trabalho. São Paulo: Forense, 2018.

COUTINHO, Emília de. et.al. Gravidez e parto: O que muda no estilo de vida das mulheres que se tornam mães? **Revista da Escola de Enfermagem da USP**, v.48, p.17-24, 2014. Disponível em <[http://www.scielo.br/pdf/reeusp/v48nspe2/pt\\_0080-6234-reeusp-48-nspe2-00017.pdf](http://www.scielo.br/pdf/reeusp/v48nspe2/pt_0080-6234-reeusp-48-nspe2-00017.pdf)>. Acesso em 12 maio 2019.

DELGADO, Maurício G. **Curso de direito do trabalho.** 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.

LOUZADA, Viviane B. **Amamentação como um ato psicossocial** [recurso eletrônico]. 2008. Monografia (Graduação em Psicologia) - Faculdade de Ciências Humanas e Sociais pela Universidade Vale do Rio Doce – UNIVALE, Governador Valadares. Disponível em <<http://www.aleitamento.com/amamentacao/conteudo.asp?cod=239>>. Acesso em 13 maio 2019.

MIESSA, Élisson et. al. **CLT comparada**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

NASCIMENTO, Amauri M. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.