
GESTANTES E LACTANTES EXPOSTAS À INSALUBRIDADE: ANÁLISE SISTEMÁTICA DAS ALTERAÇÕES NO QUADRO JUSTRABALHISTA

Denise Fincato
Amanda Donadello Martins

RESUMO

O trabalho da mulher é alvo de políticas, nacionais e internacionais, de fomento e proteção. Muitas das previsões tuitivas apegam-se a critérios biológicos, particulares ao gênero feminino, como, por exemplo, os episódios de gestação e lactação que lhe são exclusivos. O estudo debruça-se sobre o art. 394-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e analisa suas alterações desde 2016, passando pela Reforma Trabalhista, pela MP nº 808/2017 e, ainda, pela decisão da ADI nº 5.938. Além de enfrentar a questão técnica contida na norma consolidada, avança para questões sistemáticas que atingem outros ramos do Direito, a exemplificar, o direito previdenciário, onde se aponta grave inconstitucionalidade decorrente da falta de previsão de custeio. Faz análise do acórdão do julgamento do STF para, então, explicar se, diante da declaração de inconstitucionalidade, voltou-se à regra anterior, assim como os motivos para a afirmação ou negação disto. Conclui-se pela impossibilidade de aplicação da repristinação legal no caso e pela incidência da transcendência dos julgados em ADI como fundamento para a nova redação legal da matéria.

Palavras-chave: Gestante. Insalubridade. Inconstitucionalidade. Repristinação. ADI nº 5.938.

Denise Fincato

Pós-Doutora em Direito do Trabalho pela Universidad Complutense de Madrid (España). Doutora em Direito pela Universidad de Burgos (España). Mestre pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS (Brasil). Coordenadora do Grupo de Pesquisas Novas Tecnologias, Processo e Relações de Trabalho CNPq/PUCRS. Advogada e Consultora Trabalhista. E-mail: dpfincato1@gmail.com

Amanda Donadello Martins

Mestranda em Fundamentos Constitucionais do Direito Público e Privado pela PUCRS. Especialista em direito do consumidor pela Universidade de Coimbra/PT. Advogada. E-mail: amandadonadello@hotmail.com

ABSTRACT

The women's work is target of the public politics, national and international wide, promotion and protection. Plenty of protective provisions are connected with biological criteria, specific to women, as an example, the episodes of pregnancy and lactation which are exclusive. The study is focused in the 394-A article of the Consolidation of Labor Law (CLT) and analyzes its changes since 2016, from the Labor Reform, Provisional Measure n. 808/2017 and also by the judgment of Direct Unconstitutionality Action (ADI) n. 5.938. Beyond facing the technical question in the consolidated rule, it advances for systematic questions, which implies others law specialties, as exemplified by social security law, which is observed severe unconstitutionality from the lack of budget's prediction. An analysis of the judgment from the Brazilian Supreme Court is done to explain the declaration of unconstitutionality, the previous rule was returned, as well as the reasons for affirming or denying it. Therefore, it is completed by the impossibility of the application of the legal repristination at the case and by the incidence of the transcendence of the judged on the ADI as basis to the new legal essay from the subject.

Key words: Pregnant. Insalubrity. Unconstitutionality. Repristination. ADI nº 5.938.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 positivou o direito de igualdade entre homens e mulheres como direito fundamental. Tal inclusão abarca a intensa transformação social por que passou (e ainda passa) a sociedade brasileira, em especial a partir da intensificação da presença da mulher no mercado de trabalho.

O trabalho da mulher mereceu e merece tratamento particular nos mais diversos sistemas e ordenamentos jurídicos. Tal abordagem busca assegurar às trabalhadoras condições mínimas de trabalho diferenciadas e mais vantajosas, quando em comparação com o trabalhador de gênero masculino, em especial em razão de determinantes biológicas.

Resgatar o histórico da construção do arcabouço de proteção do trabalho da mulher é importante a este estudo, não apenas para que se visualize sua evolução, mas também para que se possa refletir acerca de sua harmonização aos padrões sociais de identidade de gênero dos seres humanos trabalhadores na atualidade.

Mas é preciso apontar que nem sempre a (hiper)regulamentação do trabalho

de certos grupos ou categorias lhes trará a proteção almejada, podendo, ao revés, ocasionar espécie de efeito colateral de retração nas contratações respectivas. A proteção advém do nível de adesão social ao conjunto normativo (im)posto ou, ainda, ao grau de rechaço que este venha a gerar no setor produtivo.

Nos últimos anos, a legislação brasileira protetiva ao trabalho da mulher sofreu alterações importantes, notoriamente no tocante às questões decorrentes da maternidade biológica e da exposição da mulher em estado gravídico ou período de lactância às atividades insalubres.

Com a Reforma Trabalhista, nova lógica foi proposta, pela qual à mulher gestante ou lactante incumbiria decidir pelo afastamento da atividade e local insalubre (nos níveis médio e mínimo), o que deflagrou uma série de questionamentos e insurgências, inclusive com relação à sua constitucionalidade.

O tema mereceu análise pelo Supremo Tribunal Federal (STF) que, em julgamento à Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.938, decidiu declarar a inconstitucionalidade da expressão “quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento”, pelo que, em suma, voltam, gestante e lactante, a serem afastadas do trabalho/ambiente insalubre, independente do grau.

As alterações legislativas que levaram ao *status* acima relatado, ora reposto pela decisão do STF, trouxeram em si uma série de inconsistências sistemáticas que são exploradas no presente texto. Tais inconsistências revelam outras inconstitucionalidades, igualmente graves, em especial por deliberar a legislação trabalhista sobre encargos públicos, sem previsão da correspondente fonte de custeio (estas ainda não apontadas ao Tribunal Excelso, por motivos desconhecidos).

O julgamento do STF foi rapidamente interpretado como ensejador de devolução da ordem jurídico-normativa ao *status quo ante* e o presente estudo aponta que tal pode ser uma conclusão rasa e precipitada, especialmente pelo conteúdo do julgado em questão.

É por este motivo que os institutos da reprivatização e da transcendência são analisados no caso concreto para que, enfim, se tenha uma posição técnica acerca dos efeitos do Julgamento da ADI nº 5.938 sobre o texto legal.

O estudo seguiu método de abordagem dedutivo, com procedimentos históricos, comparativos e estruturalistas. Sua interpretação foi eminentemente sistemática e a

pesquisa baseou-se em fontes bibliográfico-documentais.

1. BREVE RESGATE HISTÓRICO: TRABALHADORAS GESTANTES E/OU LACTANTES EXPOSTAS À INSALUBRIDADE

Para adentrar à polêmica do trabalho insalubre de mulheres gestantes ou lactantes, é preciso, primeiro, incursionar pela trilha que levou à proteção diferenciada do trabalho da mulher.

Pode-se afirmar que a mulher ingressou com força no cenário do trabalho fabril-urbano no período da Revolução Industrial do século XVIII (NASCIMENTO, 2011, p. 189) (conhecida como Primeira Revolução Industrial), especialmente em face da ocupação da mão de obra masculina com os episódios das guerras e, ainda mais, por seu baixo custo e docilidade.

A ausência, à época, do Estado como regulador das relações privadas permitiu o avanço de diversos padrões de relacionamento injustos e incorretos, especialmente aos olhos atuais. Jornadas extremamente extensas, trabalhos além das forças físicas do obreiro e inobservância de parâmetros dignos de higiene e segurança no trabalho levaram ao repensar desta postura liberal, em especial no tocante às mulheres e aos menores.

Nascimento (2011, p. 189) relata que as primeiras leis trabalhistas tiveram por objetivo proteger às mulheres e crianças e que, mesmo em diferentes países, versaram sobre idênticos aspectos: (a) proteção à maternidade; (b) igualdade salarial; (c) proibições e limitações peculiares (jornada, tipos de atividades, etc.).

Algumas normas inicialmente coerentes, pois condizentes aos padrões sociofamiliares da época, com o tempo deixaram de sê-lo, como por exemplo, as proibições às mulheres para trabalho extraordinário ou noturno, em subterrâneos ou em atividades insalubres e perigosas.

Alguns apontam os efeitos da “falsa benignidade normativa”, pois tal padrão protetivo, em verdade, afetava negativamente ao mercado de trabalho feminino (LOPES, 2006, p. 412). Nesse sentido, há críticas de que o excesso de normas supostamente protetivas ao trabalho feminino, para além de inibir as contratações femininas, reforça o estereótipo familiar em que a mulher deve se recolher à casa e à

família, dada sua função eminentemente procriativa e voltada à prole¹. Lopes (2006, p. 412), inclusive, refere que seria falsa a ideia de que a proteção ao trabalho da mulher possui justificativas “humanitárias” e sugere que toda a movimentação e construção teria se dado por obra masculina, no afã de proteger seus empregos, desestimulando a contratação feminina.

A *latere* de tais reflexões, o conjunto normativo de proteção ao trabalho feminino e, em especial à maternidade, pode ser analisado a partir de elementos internacionais, tais como as Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT), onde se destacam as de nº 3 de 1919 e 103 de 1952, entre outras.

No Brasil, a primeira norma que protegeu a maternidade no ambiente de trabalho foi o Decreto n.º 21.417-A, de 1932, que no art. 7º (BRASIL, 1932) dispôs acerca da proibição do trabalho da mulher no período de quatro semanas antes e quatro semanas após o parto, período em que receberia cinquenta por cento de seu salário, diretamente do empregador. Ainda, concedia à mulher dois descansos de trinta minutos para amamentação da criança, durante o período de seis meses.

Com a Lei n.º 6.136/1974 (BRASIL, 1974), transferiu-se da empresa para a Previdência Social o ônus de arcar com os salários da gestante no período da licença e, mais tarde, a Constituição Federal traria acerca da garantia provisória de emprego até cinco meses após o parto (no art. 10, II, “b” do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da CRFB) (BRASIL, 1988) e, ainda, aumentaria a licença maternidade para cento e vinte dias (o que diferia do padrão da CLT de 1943: quatro semanas antes do parto e oito semanas após este).

Em 2006, a Lei nº 11.324 (BRASIL, 2006) passou a estender às empregadas domésticas o direito à estabilidade provisória e à licença maternidade. Em 2008, a Lei nº 11.770 (BRASIL, 2008), criou o Programa Empresa Cidadã, visando estimular a ampliação do período de licença maternidade para até cento e oitenta dias.

Em 2013, a Lei n.º 12.812 (BRASIL, 2013) estendeu a garantia provisória no emprego às gestantes que engravidassem durante o aviso prévio ou nos contratos a prazo determinado e a Lei nº 12.873 (BRASIL, 2013) estendeu a licença (ou seu saldo) ao cônjuge ou companheiro, em caso de falecimento da mãe e, ainda, sua integridade aos

1 Neste sentido, LOPES: “Do estudo acerca das razões que levaram ao estabelecimento de normas de proteção ao trabalho da mulher pode-se concluir que nenhum deles realmente se presta a proteger o trabalho feminino. O que efetivamente buscou-se proteger foi a estrutura da família patriarcal” (LOPES, 2006, p. 411).

homens adotantes.

Com a Lei nº 13.287/2016 (BRASIL, 2016) proibiu-se o trabalho de empregadas gestantes ou lactantes em locais e atividades insalubres, nada dispondo acerca da continuidade (ou não) do adicional insalutífero durante o afastamento.

A Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017) (BRASIL, 2017) seguiu com o foco na insalubridade (sem agregar ou sequer mencionar a periculosidade, o que não parece lógico do ponto de vista médico) e resgatou um dos debates travados sobre a matéria em 2016: *seria adequada a manutenção do adicional de insalubridade à gestante ou lactante afastada da área/atividade de risco?* Registre-se, por oportuno, que o adicional de insalubridade possui natureza jurídica de salário-condição² e, portanto, a não exposição ao risco (condição), normalmente retira tal parcela dos haveres do trabalhador.

O artigo, automático e peremptório no tocante à gestante exposta a insalubridade em grau máximo³, determinava seu afastamento enquanto durasse o período gestacional, relativizando tal comando diante dos graus insalubres médio e mínimo⁴, oportunidade em que a trabalhadora seria mantida no ambiente e/ou atividade, permitindo-se que trouxesse atestado médico (de profissional “de sua confiança”, segundo o texto legal) que recomendasse seu afastamento. No tocante ao período de lactação, alterava a compreensão anterior para, diante de qualquer grau insalutífero, manter a empregada no trabalho, permitindo-lhe apresentar atestado de médico de sua confiança que recomendasse o afastamento⁵.

A Medida Provisória (MP) nº 808/2017 (BRASIL, 2017), que perdeu vigência em 23 de abril de 2018, alterou sensivelmente o quadro, pois revogou os incisos I, II e III do art. 394-A da CLT (BRASIL, 1943), destacando-se a exclusão do adicional de

2 Salário Condição é aquele que fica vinculado à ocorrência de uma causa específica. Não se verificando esta condição, o efeito (parcela salarial) não será exigível. (NASCIMENTO, 1984. p. 85). Assim são os adicionais de insalubridade, periculosidade, horas extras e noturnas, por exemplo, que dependem do trabalho nestas condições para a geração do direito à percepção do benefício. O pagamento condicional da insalubridade é admitido pela Súmula 139 do TST: “Enquanto percebido, o adicional de insalubridade integra a remuneração para todos os efeitos legais”. (BRASIL, 2005).

3 E que percebe, em sua remuneração, o adicional de insalubridade em percentual de 40%, calculado sobre o salário mínimo nacional (em razão da Súmula Vinculante nº 4 do STF). (BRASIL, 2008).

4 Adicionais de 20% e 10%, respectivamente, também calculados sobre o salário mínimo nacional.

5 Uma vez que conexo ao tema ora comentado, registra-se que a usufruição do intervalo para amamentação previsto no artigo 396 da CLT (duas pausas de 30 minutos cada), doravante, dependerá do ajuste entre empregada e empregador (nos termos do parágrafo §2º inserido ao dispositivo pela Reforma Trabalhista). (BRASIL, 1943).

insalubridade do conjunto remuneratório da trabalhadora a partir de seu afastamento. Observe-se:

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.**

[...]

§ 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. (grifou-se)

A perda de vigência da MP fez retornar o texto anterior, retomando-se a redação com incisos da Lei nº 13.467 e a incorporação do adicional à remuneração do afastamento. Três dias após, exatamente em 26 de abril de 2018, a Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos Protocolou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) que recebeu o nº 5938 e que foi julgada em 29 de maio de 2019, tendo seu acórdão a seguinte ementa:

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, conheceu da ação direta de inconstitucionalidade. Por maioria, confirmou a medida cautelar e **julgou procedente o pedido formulado na ação direta para declarar a inconstitucionalidade 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, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio. Falaram: pelo amicus curiae Confederação Nacional de Saúde - CNS, o Dr. Marcos Vinicius Barros Ottoni; e, pelo amicus curiae Central Única dos Trabalhadores - CUT, o Dr. Ricardo Quintas Carneiro. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário 29.05.2019. (grifou-se)

Especialistas e não especialistas afirmaram que o texto da Lei nº 13.467/2017 teria sido alterado pelo STF⁶. Entretanto, a questão, do ponto de vista sistemático,

6 E que teria passado a vigorar da seguinte forma: “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

não é tão pacífica e singela, impondo reflexão técnica para corroborar ou afastar tal compreensão em *prima facie*, o que se fará a seguir.

2. COMPLEXIDADES NO AFASTAMENTO COMPULSÓRIO DA GESTANTE/LACTANTE - DA GESTÃO DE PESSOAL

O afastamento da gestante e/ou lactante é, na maioria das vezes, ato complexo. Recorde-se que o contrato de emprego é *intuito personae*, ou seja, o trabalhador é escolhido por suas habilidades para ocupar determinado posto de trabalho, desenvolvendo ali um conjunto de atividades para as quais é apto. Ao determinar o afastamento de um funcionário - mesmo que temporariamente - do espaço e função de trabalho, por mais correto que este afastamento seja desde a perspectiva médica, um sem fim de desdobramentos laborais se desencadeiam ou podem desencadear-se.

Já de início, o empregador deverá localizar entre os espaços e atividades não insalubres da empresa, aqueles em que a gestante ou lactante possa estar e desenvolver dignamente seu trabalho - nem além, nem aquém de suas competências e forças.

A inação da gestante-lactante não é opção.

O legislador, contudo, não se preocupou em registrar no texto legal que a presença da gestante-lactante em espaço ou função diversos dos contratados, para os fins de cumprimento do comando legal em estudo, se dará a título precário deixando de atuar preventivamente como o fez no artigo 461, § 4º da CLT (BRASIL, 1943) ocasião em que prudentemente previu - embora igualmente parecesse lógico - a não equiparação entre o empregado readaptado e/ou regressado de benefício acidentário com os demais colegas do cenário em que passara a laborar, o que deixa latente, no caso concreto, um risco de pedidos de equiparação salarial.

.....
insalubres em grau médio ou mínimo; III - atividades consideradas insalubres em qualquer grau § 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.". (Grifou-se) (BRASIL, 1943)

Outra questão desprovida de lógica reside na manutenção do adicional de insalubridade agregado à remuneração da empregada mesmo quando esta seja afastada do risco. Reitere-se que o adicional de insalubridade, por sua natureza, somente será devido quando e enquanto persistir a exposição ao risco insalutífero⁷⁸.

Não há como enquadrar a alteração contratual ora em estudo na previsão do artigo 468 da CLT (BRASIL, 1943), pois não se trata de modificação por iniciativa patronal, mas sim de alteração legal (estando fora da discricionariedade do empregador fazê-lo ou não).

Portanto, manter o adicional de risco para um trabalhador não exposto ao mesmo é circunstância que, para além de onerar excessiva e injustificadamente ao empregador, não se justificaria do ponto de vista legal, eis que a alteração contratual na hipótese é, inclusive, benéfica à trabalhadora, que passará a laborar em atividade e/ou local que não ofereça risco a si, ao nascituro ou à criança lactante.

Abstraindo a questão técnica que envolve o pagamento injustificado de adicional condicionado, ateve-se o legislador às orientações internacionais⁹ que sinalizam que, em atenção ao mercado de trabalho da mulher, não se deve onerar o empregador com medidas protetivas ao emprego feminino. Assim, elegeu-se um terceiro, estranho à relação trabalhista em si, para arcar com a despesa do afastamento compulsório da trabalhadora: a Previdência Social e, sobre isto, se discorrerá a seguir.

3 . COMPLEXIDADES NO AFASTAMENTO COMPULSÓRIO DA GESTANTE/LACTANTE: IMPACTOS PREVIDENCIÁRIOS

O legislador trabalhista autorizou a compensação previdenciária do afastamento remunerado da mulher no art. 394-A, § 2º, da CLT (BRASIL, 1943) estabelecendo que os valores pagos a título de adicional de insalubridade “sem causa insalutífera” seriam lançados a crédito do empregador quando do recolhimento de suas contribuições previdenciárias, o que, ao final, colocou o pagamento ao encargo da Previdência Social.

7 Sobre o assunto, leciona Luciano Martinez que “Como qualquer complemento salarial, o adicional de insalubridade desaparecerá na medida em que desapareça seu fato gerador” (MARTINEZ, 2017. p. 566).

8 Em consonância, Sérgio Pinto Martins esclarece que “Se o empregado é removido do setor ou passa para outro estabelecimento, perde o direito ao adicional de insalubridade.”. (MARTINS, 2012. p. 677).

9 Vide a seguir, neste estudo.

Reitere-se que o adicional de insalubridade é salário-condição, ou seja, somente será devido se existente o risco a que este se refere. A Previdência Social não é incumbida de tais encargos, próprios das relações privadas de trabalho, sendo inadequado atribuir-lhe tal responsabilidade em qualquer circunstância.

A lógica protetiva imposta no art. 394-A da CLT (BRASIL, 1943) ultrapassa limites sistemáticos, ferindo a legislação previdenciária, eis que cria benefícios previdenciários sem a correspondente fonte de custeio, o que se agrava no § 3º do mesmo dispositivo quando ordena ao empregador que afaste a empregada, encaminhando-a à Previdência Social para fins de “licença-maternidade”, quando não for possível realocá-la.

No projeto do legislador, este encaminhamento se dará para o fim de percepção do salário-maternidade, em decorrência da concessão do auxílio-maternidade (art. 71 da Lei nº 8.213/91) (BRASIL, 1991), pois o legislador equipara a gestação em ambiente insalubre à gestação de risco¹⁰. Ocorre que a legislação previdenciária não traz especificação de “gravidez de risco” para o fim de concessão do salário maternidade. Destarte, dito § 3º equipara a gestação em ambiente insalubre a uma figura que não existe na legislação específica.

Na prática, a identificação de gravidez de risco, fora do período de 28 dias antes do parto, é causa para concessão de auxílio doença comum, sendo assim rotineiramente deferido¹¹.

Tal incursão pelo campo previdenciário ocorre por conta do previsto na Convenção nº 103 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)¹², ratificada pelo

10 O que seria equivalente a uma enfermidade não ocupacional, normalmente incapacitante para o trabalho desenvolvido pela empregada, a perdurar durante o tempo em que se estender o estado gestacional, ou o risco. Perceba-se que o trabalhador pode até permanecer apto para o trabalho (como na hipótese de uma trabalhadora ser realocada para home office).

11 O que gera grande impacto, quer à empregada afastada, quer ao empregador que deve mantê-la em folha de pagamento (mesmo que autorizado à compensação) e, especialmente à Previdência Social, uma vez que o auxílio doença tem o valor de 91% da média das contribuições vertidas desde julho de 1994, limitado ao teto dos benefícios previdenciários. O Salário maternidade é o valor da remuneração da empregada, sem limitação ao teto.

12 A Convenção n. 103 da OIT estabelece expressamente que: “4.As prestações em espécie e a assistência médica serão concedidas quer nos moldes de um sistema de seguro obrigatório quer mediante pagamento efetuados por fundos públicos, em ambos os casos serão concedidos de pleno direito a todas as mulheres que preencham as condições estipuladas. [...] 6.Quando as prestações em espécie fornecidas nos moldes de um sistema de seguro social obrigatório são estipuladas com base nos proventos anteriores, elas não poderão ser inferiores a dois terços dos proventos anteriores tomados em consideração. 7. Toda contribuição devida nos moldes de um sistema de seguro social obrigatório que prevê a assistência à maternidade e toda taxa calculada na base dos salários pagos, que seria cobrada tendo em vista fornecer tais prestações, devem ser pagas de acordo com o número

Brasil em 1965, que determina que o custo da licença concedida à empregada grávida ou lactante deve ser socializado, visando impedir a discriminação da mulher no mercado de trabalho¹³. Assim, se incumbiu à Previdência Social suportar a despesa da realocação da gestante-lactante (o que se fez autorizando ao empregador sua compensação com as importâncias a serem pagas para a Previdência Social).

Do ponto de vista sistemático-normativo, é preciso tecer críticas a esta norma.

Apesar de a CRFB (BRASIL, 1988) amparar a maternidade no âmbito previdenciário ao estabelecer que a previdência social, observado seu caráter contributivo e de filiação obrigatória, deve atender a proteção à maternidade, especialmente à gestante (Art. 201, II, da CRFB) (BRASIL, 1988), o art. 195, § 5º da mesma CRFB (BRASIL, 1988) dispõe que **nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a previsão da correspondente fonte para seu custeio total.** (grifou-se)

Pois, é o que ocorre no presente caso: em que pese já houvesse certa acomodação à obrigação de afastamento compulsório da trabalhadora gestante-lactante do ambiente insalubre¹⁴ (em vigor desde 2016), inovou o legislador, ampliando indevida e inconstitucionalmente o benefício previdenciário da maternidade.

Ademais, há problemas na extensão do benefício do salário-maternidade à nova hipótese legal, pois enquanto tipo legal específico que segue com previsão no art. 71 da Lei nº 8.213/91 (BRASIL, 1991), o salário-maternidade será devido à empregada “[...] segurada da Previdência Social, durante 120 dias (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes **do parto** e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção

.....
de homens e mulheres empregados nas empresas em apreço, sem distinção de sexo, sejam pagas pelos empregadores ou, conjuntamente pelos empregadores e empregados. 8. Em hipótese alguma, deve o empregador ser tido como pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas às mulheres que ele emprega.”. (grifou-se) (BRASIL, 1966)

13 Situação parecida com esta aconteceu quando a CRFB ampliou de 84 para 120 dias a licença maternidade, sem o correspondente custeio. De forma açodada, decidiu-se que incumbia ao empregador o encargo dos 36 dias acrescidos, que se obrigou a acionar o INSS para poder compensar tal encargo, que não lhe incumbia (forte na Convenção nº 103 da OIT), quando do recolhimento previdenciário ordinário. Tal situação gerou embaraço na dinâmica da relação empregatícia das mulheres e, evidentemente, desestímulo em contratá-las.

14 Por exemplo, condenando empregador em danos morais por manter empregada gestante em ambiente insalubre durante toda a gestação (0011046-82.2016.5.03.0109) (BRASIL, 2017) ou declarando improcedência ao pleito de empregada, verificando regularidade na realocação realizada pelo empregador (0011360-77.2016.5.18.0281) (BRASIL, 2017).

à maternidade”, pelo que se conclui que o evento gerador do salário-maternidade é o **parto**, mesmo no caso de natimorto.

Ainda, poderá ser considerado fato gerador do salário maternidade o **aborto não criminoso** (que garante o pagamento do salário-maternidade correspondente a duas semanas, conforme § 5º do artigo 93 do Decreto nº 3.048/99) (BRASIL, 1999) e também **a adoção ou a guarda judicial** para fins de adoção, por força do disposto na Lei nº 12.873, de 24/10/2013 (BRASIL, 2013). A **gestação de risco** vem mencionada em Instrução Normativa do INSS/PRES Nº 77, de 21/01/2015 (BRASIL, 2015), que no art. 343, fixa:

Art. 343. O salário-maternidade é devido durante 120 (cento e vinte dias), com início fixado em até 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data da ocorrência deste, exceto para as seguradas em período de manutenção da qualidade de segurado, para as quais o benefício será devido a partir do nascimento da criança, observado o disposto no § 7º deste artigo.

§ 1º Considera-se fato gerador do salário-maternidade, o **parto**, inclusive do natimorto, o **aborto não criminoso**, **a adoção ou a guarda judicial** para fins de adoção.

§ 2º A data de início do salário-maternidade coincidirá com a data do fato gerador previsto no § 1º deste artigo, devidamente comprovado, observando que se a data do afastamento do trabalho for anterior ao nascimento da criança, a data de início do benefício será fixada conforme atestado médico original específico apresentado pela segurada, ainda que o requerimento seja realizado após o parto.

§ 3º Para fins de concessão do salário-maternidade, considera-se parto o evento que gerou a certidão de nascimento ou certidão de óbito da criança.

§ 4º Em caso de aborto não criminoso, comprovado mediante atestado médico com informação do CID específico, a segurada terá direito ao salário-maternidade correspondente a duas semanas.

§ 5º Tratando-se de parto antecipado ou não, ainda que ocorra parto de natimorto, este último comprovado mediante certidão de óbito, a segurada terá direito aos 120 (cento e vinte) dias previstos em lei, sem necessidade de avaliação médico-pericial pelo INSS.

§ 6º Em casos excepcionais, os períodos de repouso anterior e posterior ao parto podem ser aumentados em duas semanas, mediante atestado médico específico.

§ 7º Para a segurada em prazo de manutenção da qualidade de segurado, é assegurado o direito à prorrogação de duas semanas somente para repouso posterior ao parto.

§ 8º A prorrogação prevista nos §§ 6º e 7º deste artigo compreende as situações em que existir algum risco para a vida do feto ou da criança ou da mãe, conforme certificado por atestado médico, sendo que, nas hipóteses em que o pagamento é feito diretamente pela Previdência Social, o benefício somente será prorrogado

mediante confirmação desse risco pela Perícia Médica do INSS. (grifou-se)

Note-se, assim, que o salário-maternidade, tipo de benefício previdenciário específico, encontra-se atrelado à licença-maternidade, a qual tem natureza trabalhista conforme inciso XVIII do artigo 7º da CRFB (BRASIL, 1988), não podendo ultrapassar 120 dias, estabelecendo a legislação que, em casos excepcionais, os períodos de repouso anterior e posterior ao parto, podem ser ampliados, mediante atestado médico específico, períodos estes que, no entanto, ficam limitados a duas semanas (§ 3º do artigo 93 do Decreto nº 3.048/99) (BRASIL, 1999), estando eventuais prorrogações vinculadas a hipóteses de risco para a vida “do feto ou da criança ou da mãe”, conforme atestado médico e/ou perícia médica do INSS.

Não há, a título de licença ensejadora da percepção do respectivo auxílio e salário maternidade, temporalidade legal superior à prevista nos dispositivos supra. Todo o restante, portanto, escapa à previsão legal e ao custeio já previsto, devendo, se for a hipótese, recair em outras figuras legais ou ser indeferido.

Para fins didáticos, partindo-se do pressuposto do não cabimento do benefício do salário maternidade, mas mantendo-se o dever de afastamento da empregada gestante ou lactante de ambiente insalubre, poder-se-ia aventar do cabimento do auxílio-doença, o que também seria uma impropriedade, já que, conforme artigo 59 da Lei nº 8.213/1991 (BRASIL, 1991), tal benefício será devido apenas quando o segurado ficar “incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos”.

No campo previdenciário, as incapacidades decorrem de lesões ou enfermidades que causem transtorno temporário ou permanente, ensejador do afastamento do trabalhador para recuperação da higidez. Definitivamente, não é o caso. A gestante-lactante, pelo só fato da gestação ou lactação, não está incapaz e/ou inapta ao trabalho. E na análise da inaptidão ou incapacidade para o trabalho, o incapacitado ou inapto é o ser humano e não o ambiente de trabalho.

No caso, o afastamento da empregada gestante, estabelecido pelo artigo 394-A da CLT (BRASI, 1943), não decorrerá de incapacidade para o trabalho em razão de alguma enfermidade (tanto assim o é, que ela pode ser remanejada para outro setor da empresa, desde que salubre). Uma vez que não há enfermidade, não há incapacidade ou mesmo inaptidão, como justificar o auxílio doença?

Admitindo-se como justificativa ao enquadramento o “risco futuro incerto”, se poderia interpretar que o afastamento é imposto por lei porque o ambiente insalubre poderá causar danos à saúde da gestante ou lactante (e também do feto, nascituro ou criança). Entretanto, o benefício a ser deferido seguiria os padrões da Previdência Social e não seria pago pelo teto remuneratório percebido pela trabalhadora na ativa, como ocorre com o salário-maternidade, mas sim observando os parâmetros de proporcionalidade dos salários de benefício do INSS.

A extensão do afastamento é também algo complexo, a começar pelas variáveis durante a própria gestação (desde seu início? Apenas na licença maternidade? Licença de 120 ou 180 dias? Licença com prorrogação?), aumentando a complexidade ao adentrar-se na duração do período de afastamento vinculado à amamentação que, pelo dispositivo próprio (396, CLT) (BRASIL, 1943) irá prolongar-se até os 6 meses de idade do filho, podendo prorrogar-se para além disto se assim o exigir a saúde da criança, “a critério da autoridade competente”¹⁵, sem definição legal acerca do limite máximo.

De qualquer forma, o artigo 394-A da CLT atinge apenas à licença maternidade, não tocando na garantia de emprego (estabilidade provisória da gestante) que segue com os prazos previstos em lei (Art. 10, II, b do ADCT da CFRB) (BRASIL, 1988) ou nos instrumentos coletivos das respectivas categorias.

Os graus de insalubridade referidos pelo texto podem ser aferidos pela Norma Regulamentadora nº 15, de autoria do Ministério do Trabalho (BRASIL, 1978), nos termos do art. 190 da Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943). Nada obstante, também reflexo da reforma trabalhista, o art. 611-A, inciso XII, da CLT (BRASIL, 1943) passou a admitir convenção coletiva do trabalho sobre o enquadramento de atividades insalubres¹⁶, ocasião em que a pactuação se sobrepõe ao texto de lei. Nessa seara, denota-se que as atividades de tal modo consideradas poderão ser verificadas por meio das disposições em convenção coletiva ou, não havendo, da classificação da

15 Neste caso, segue-se regramento e sequencia padrão para a ordem de prevalência dos atestados médicos: Perito do INSS, Médico do Serviço Único de Saúde, Médico do Serviço Médico da Empresa (próprio ou contratado) e médico particular do empregado (v. art. 6º § 2º Lei 605/49, Súmula 15 do TST)

16 Trata-se de concretização da “teoria do risco social”, pela qual o sinistro sofrido por um trabalhador demandaria cobertura solidária de “toda a sociedade”, assegurando cobertura efetiva ao trabalhador, independentemente da situação econômica de seu empregador, das interpretações das companhias seguradoras ou mesmo da eventual culpa do segurado (IBRAHIN, 2019).

autoridade competente, o que poderá levar à necessária análise casuística.

De se destacar alternativa em tramitação, constante no Projeto de Emenda Constitucional (PEC) nº 6 (Reforma Previdenciária): a “cobertura concorrente” com o setor privado dos benefícios previdenciários “não programados”, nos termos de Lei Complementar, o que poderá alterar o quadro supra descrito e, em especial, o disposto na Convenção nº 103 da OIT (já mencionada neste estudo).

4. MAIS COMPLEXIDADES AO QUADRO: O JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI) Nº 5938

A Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI)¹⁷, a fim de pleitear a inconstitucionalidade da previsão de iniciativa de afastamento da trabalhadora, diante de atividades insalubres em grau médio ou mínimo. Lançou como argumento o fato de que o afastamento da empregada gestante ou lactante, independentemente de apresentação de laudo médico, se constituiria medida protetiva não somente à mulher, como também ao recém-nascido ou nascituro, conforme o caso.

Em sede do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5938, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, o Supremo Tribunal Federal, decidiu, por maioria, pela inconstitucionalidade de alguns trechos do art. 394-A da CLT (BRASIL, 1988).

O Ministro Alexandre de Moraes, em seu voto, defendeu que a proteção à maternidade e à criança devem albergar máxima eficácia, pois seriam direitos sociais indisponíveis. Afirmou que, em se tratando de direitos irrenunciáveis, não devem ser relativizados pelo desconhecimento ou negligência da gestante/lactante que não dispuser de laudo médico, asseverando, mais uma vez, tratar-se de garantia constitucional. Nesse sentido, também ressaltou que a norma em análise contraria a jurisprudência adotada pela Corte Suprema e imputa à trabalhadora o ônus de prova da insalubridade do trabalho/ambiente. Por fim, destacou que a medida não se mostra onerosa ao empregador, que terá os encargos financeiros compensados, na forma do texto legal.

17 Movimentação Processual e maiores detalhes acessáveis pelo seguinte link, que leva ao sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5447065>. (BRASIL, 2019)

De outro lado, o Ministro Marco Aurélio apresentou divergência, afirmando que as políticas de alargamento da proteção ao gênero feminino acabariam prejudicando o próprio gênero, face a oferta excessiva de mão de obra e a escassez de empregos. Sustentou, assim, que a mulher não precisa ser tutelada além do que se mostra razoável. Arguiu que a redação reformista do art. 394-A já tutela os direitos gravídicos e que a apresentação de atestado médico não seria desarrazoada, mas aconselhável. Por fim, aduziu não verificar qualquer afronta à Constituição Federal.

Ao cabo, por maioria, decidiu a Corte pela inconstitucionalidade do trecho “quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento”, constante nos incisos II e III do artigo 394-A da CLT. Ainda, durante a sessão de julgamento, o Relator Ministro Alexandre de Moraes afirmou que, mesmo com a manutenção do restante do texto legal do art. 394-A da CLT, se pretenderia, com o reconhecimento da inconstitucionalidade, o retorno da redação conferida pela Lei nº 13.287/2016 (BRASIL, 2016), não mais condicionando o afastamento da empregada à apresentação de atestado médico.

Ocorre que, ainda que a intenção dos ministros tenha sido o retorno da redação legal anterior à Reforma Trabalhista, a comparação entre os dispositivos denota que, concretamente, tal não ocorreu (vide quadro comparativo ao final). Isso porque, para o retorno do texto anterior, deve-se analisar o fenômeno da reprivatização, pelo qual a norma revogada – aqui, a do texto anterior à reforma – volta a vigor, por ocasião da revogadora ter perdido sua vigência – no caso, a do texto reformista, objeto de inconstitucionalidade (AMARAL, 2003, p. 71).

Em outros termos, a reprivatização se divide em dois momentos, a saber: o *primeiro*, em que a norma superveniente revoga a disposição anterior – pela simples vigência do novo texto, como no caso da reforma laboral; e o *segundo*, em que a norma superveniente vem a ser revogada, no caso, se porventura tivesse a norma disposta pela reforma laboral sido revogada.

Nessa situação, entende-se que, uma vez decorrente de reconhecimento de inconstitucionalidade, a reprivatização trata de efeito necessário, ainda que a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB) (BRASIL, 1942) disponha, em seu art. 2º, § 3º, que *a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência, salvo disposição em contrário* (DIMOULIS, 2014, p. 192-192). Isso porque, sendo inconstitucional, afastam-se todos os efeitos dela decorrentes, inclusive a capacidade

de revogar a norma anterior (DIMOULIS, 2014, p. 192).

E nessa seara, a norma em análise não se adequa à hipótese repristinação. Com efeito, a repristinação aplica-se às normas revogadas em sua totalidade, ou que, pelo menos, deixem lacuna jurídica (AMARAL, 2003, p. 71). O artigo legal objeto de ação direta de inconstitucionalidade teve apenas um trecho revogado, mantendo o restante da norma, em todos os seus termos. Portanto, se a norma não perdeu sua vigência na totalidade do dispositivo legal, tampouco restou omissa à alguma situação, sequer há como ser objeto de repristinação.

Nada obstante, a norma objeto de ação direta de inconstitucionalidade também não teve seu texto alterado de modo a se tornar idêntica ao texto anterior.

Em verdade, da leitura do novo dispositivo depreende-se que não mais se requer atestado médico ao afastamento e consequente remanejamento da empregada gestante ou lactante. Todavia, como já referido, significantes foram as alterações havidas em relação à hipótese de não afastamento das atividades insalubres e percepção de salário-maternidade, razão por que não há falar em retorno do texto pré-reforma, porquanto aquele limitava-se a estipular a necessidade de realocação da empregada gestante e lactante ao exercício de atividades, operações e locais salubres.

Sem óbice, o que se pode observar é que a intenção da Suprema Corte residiu, de fato, no retorno da vigência do texto anterior à reforma, entretanto, tão somente no que concerne a desvinculação dos graus de insalubridade à necessidade de apresentação de atestado médico pela empregada gestante e lactante.

E, nesse sentido, nada obsta que se afirme que os efeitos decorrentes da ação direta de inconstitucionalidade sejam aqueles já vivenciados quando da redação anterior à reforma laboral. Isso porque a sentença prolatada em ação direta de inconstitucionalidade possui efeitos transcendentais, de modo a vincular não somente seu dispositivo, como também os motivos determinantes utilizados na extensão da decisão (BARROSO, 2016, p. 248). Como corolário lógico, deverão os tribunais observar não somente a alteração do artigo, como também a interpretação utilizada no julgamento (BARROSO, 2016, p. 249). Na hipótese em liça, portanto, em sendo a intenção do Supremo Tribunal Federal desburocratizar o afastamento da gestante e da lactante, de modo a permiti-lo pela constatação de seu estado e da atividade insalubre, deverão os tribunais assim observar para, em consonância, decidir.

Por conseguinte, imprescindível analisar os efeitos jurídicos aos casos em

dissonância. Isto é, face a declaração de inconstitucionalidade da norma, a gestante ou lactante que exerce atividade laboral insalubre e, até então, não foi afastada de tal condição, sofrerá consequências? Ou, ainda, a gestante ou lactante que se viu em prejuízo ou sofreu dano decorrente do exercício da atividade laboral insalubre poderá buscar alguma reparação?

As respostas às tais irresignações vêm dispostas pelos efeitos da própria declaração de inconstitucionalidade.

A eficácia da sentença proferida em ação de controle indireto, por seu tipo normativo, é de natureza declaratória (DIMOULIS, LUNARDI, 2014, p. 196). Isso porque, a decisão que reconhece a inconstitucionalidade não constitui nem desconstitui qualquer direito, uma vez que apenas afere a validade da norma no ordenamento jurídico pátrio (ZAVASCKI, 2017, p. 65). Como consequência, ao se verificar a inconstitucionalidade da norma, na verdade, se reconhece a ineficiência do referido texto à vigência, razão pela qual há verdadeira invalidade (ZAVASKI, 2017, p. 65)¹⁸. Portanto, a eficácia normativa seria *ex tunc*, havendo a retroatividade dos efeitos, salva expressa deliberação em contrário (BARROSO, 2016, p. 235)¹⁹.

Em consonância, o art. 102, § 2º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) estabelece que a decisão prolatada na ação direta possui eficácia contra todos, exercendo, inclusive, efeito vinculante. Nesse sentido, a sentença da ação de controle irradia efeitos a todos os seus possíveis destinatários e obriga as autoridades do Poder Judiciário e da Administração Pública a observá-la (ZAVASCKI, 2017, p. 65-66).

Todavia, importa diferenciar que, enquanto a eficácia *ex tunc* decorre na invalidade da norma no período anterior, o efeito vinculante não decorre da validade ou da invalidade da norma, mas, em verdade, tão somente da sentença apreciada,

18 Sobre o assunto, já lecionou o Min. Brossard, no voto proferido na ADI 2, RTJ 169/780 “verifica e anuncia a nulidade como o joalheiro pode afirmar, depois de examiná-lo, que aquilo que se supunha ser um diamante não é diamante, mas um produto sintético. O joalheiro não fez a pasta sintética, apenas verificou que o era. Também a decisão judicial não muda a natureza da lei, como o joalheiro não muda a natureza do diamante. Ela nunca foi lei, ele nunca foi diamante. Aquilo que se supunha ser um diamante e o perito verificou ser um produto sintético, não deixou de ser um diamante a partir da verificação do joalheiro, mas ab initio não passava de um produto sintético. Também a lei inconstitucional. O Judiciário não a fez inconstitucional, apenas verificou e declarou que o era. Por isso seu efeito é *ex tunc*.”. (ZAVASCKI, 2017. p. 65).

19 Assim dispõe a lei nº 9.868, da ação direta de inconstitucionalidade: Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado (BRASIL, 1999).

razão pela qual seu termo é a publicação do acórdão (ZAVASCKI, 2017, p. 65-66). Nesse sentido, quando decisão anterior à publicação do acórdão da ação de controle resolver caso em dissonância, deve ser feita análise pela eficácia *ex tunc*. De outro lado, quando decisão posterior à publicação do acórdão da ação direta de inconstitucionalidade resolver caso em sentido dissonante daquele definido na ação direta deverá ser realizada revisão decorrente do efeito vinculante da sentença.

Consoante as considerações expostas, denota-se que a alteração propiciada por ocasião da ADI nº 5938 possui eficácia *erga omnes*, bem como efeito vinculante, natureza declaratória e, corolário lógico, eficácia *ex tunc*.

Por essa razão, tem-se que os casos supervenientes, bem como os já tramitantes deverão observar as disposições trazidas pela ADI nº 5938. A decisão que assim não atender, será passível de ação reclusória, com fulcro no art. 102, inciso I, alínea I, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) (ZAVASCKI, 2017, p. 74). Em outros termos, a decisão que negar à mulher gestante ou lactante o afastamento da atividade laboral insalubre pela não apresentação de atestado médico, será passível de ação reclusória ao STF.

De igual forma, casos anteriores, objeto de apreciação judicial, com sentença dissonante do resultado da ação direta, poderão ser alvo de ação rescisória, nos termos do art. 525, § 12, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), desde que respeitado o prazo decadencial (BARROSO, 2016, p. 263). Ou seja, caso a empregada tenha tido seu distanciamento negado, ainda estando no período de lactação ou gestação, poderá ajuizar ação rescisória, a fim de, tão logo, ver-se afastada daquele ambiente ou atividade laboral insalubre. Igualmente, os casos posteriores à decisão da ADI nº 5938 mas anteriores à publicação de seu acórdão, não devem ter condicionado o afastamento da gestante e da lactante à apresentação de atestado médico, à luz, não somente da eficácia *ex tunc*, como também da necessidade de observação da interpretação e intenção adotada no julgamento realizado pela Suprema Corte, outrora já mencionada nesse estudo.

Nessa seara, entretanto, a empregada que tenha sofrido dano em decorrência da aplicação da lei inconstitucional, antes que assim fosse declarada, não poderá pleitear reparação. Isto porque, tratando-se de decisão anterior, à época, correta era a decisão tomada em consonância à norma inconstitucional, de modo que não se configure qualquer ilícito por parte da empresa que, evidentemente, não poderia presumir a inconstitucionalidade do texto da lei. Nesse sentido, inclusive, o Ministro Gilmar

Mendes encerra a discussão, ao expressar que “os atos praticados com base em lei inconstitucional que não mais se afigurem suscetíveis de revisão não são afetados por declaração de inconstitucionalidade” (MENDES, 1999, p. 432). Por esse motivo, tem-se que a eficácia retroativa não é absoluta, pois se preservam algumas das situações jurídicas já consolidadas, em razão da segurança jurídica (SIQUEIRA JR., 2011, p. 270).

Dessarte, ainda que, em relação a integralidade do art. 394-A da CLT não se possa afirmar pelo retorno da redação pré-reforma laboral, a parte do texto alvo de ação direta de inconstitucionalidade, de fato, guarda identificação com o texto anterior, desvinculando o afastamento da empregada gestante e lactante aos graus de insalubridade e à apresentação de atestado médico. Nesse sentido, é pelos efeitos transcendentais da sentença prolatada em ação direta de inconstitucionalidade que se deve observar a razão de decidir adotada pelo Supremo Tribunal Federal, de modo a considerar como efeito decorrente do reconhecimento da inconstitucionalidade, o retorno do texto anterior à reforma laboral. Ademais, também decorrência dos efeitos da sentença proferida em ação de controle, a alteração promovida no dispositivo legal deve ser, tão logo, observada e aplicada, possibilitando-se, inclusive, a revisão de casos anteriores resolvidos à égide da lei inconstitucional, desde que assim sejam suscetíveis.

CONCLUSÃO

A questão do afastamento das trabalhadoras gestantes e/ou lactantes de atividades e ambientes insalubres ainda gera polêmica e desassossego.

Em primeiro, aos analistas de carreiras, parece haver um inchaço normativo no tocante ao trabalho da mulher brasileira, em especial durante seus estados gravídicos ou de lactância, o que poderia gerar como efeito rebote a retração nas contratações de gênero feminino.

Prosseguindo, a alteração legal em estudo trouxe a quebra da lógica fático-legal de que, em não havendo exposição ao risco insalutífero, não há que se falar em pagamento de seu respectivo adicional. Ocorre que o afastamento da gestante/lactante, quer da atividade, quer do próprio trabalho, não retiram o adicional de insalubridade de seu conjunto remuneratório.

Quanto à previsão de que o afastamento da trabalhadora, em atividades

insalubres de grau médio ou mínimo, apenas se daria por sua iniciativa, mediante exibição de atestado lavrado por médico de sua confiança, pondera-se que o acompanhamento pré-natal no Brasil é gratuito e sua ausência, inclusive, pode gerar a responsabilização da gestante. A mesma linha racional que leva a trabalhadora ao afastamento da atividade insalubre deve levá-la à obrigatória realização do pré-natal²⁰, pena de responsabilidade. Não há qualquer óbice à realização do pré-natal da mulher trabalhadora, vez que há previsão consolidada de justificativa de falta ao trabalho nas oportunidades em que tiver de realizar consultas e exames relativos à gestação (art. 392 § 4º, II da CLT). Destarte, não seria impossível ou mesmo difícil à trabalhadora a obtenção de documento que, certamente, atenderia aos cuidados médicos necessários consigo, com o nascituro ou com o lactante. Aliás, a saúde é a matéria de fundo do art. 394-A da CLT e ninguém melhor que os profissionais da medicina para a expedição de atestados acerca do tema.

Afora esse debate, o estudo levantou grave inconstitucionalidade, que diz respeito à criação de despesa previdenciária sem o correspondente custeio. Uma vez que o encargo com o afastamento da trabalhadora não pode ser imposto ao empregador (por força da Convenção nº 103 da OIT), a sistemática criada permitiu-lhe o exercício compensatório dos valores pagos à empregada com os valores por si devidos ao Seguro Social. Ou seja, passou-se o encargo da nova garantia trabalhista à Previdência Social. Ocorre que tal não foi precedido da criação da correspondente fonte de custeio e, pior, os malabarismos para o encaixe hermenêutico do afastamento da obreira (como se licença maternidade o acidente laboral fossem) não guardam conexão com os conceitos e postulados do sistema de seguro social. O tema ainda não foi enfrentado pelo STF mas, certamente, trata-se de afronta ao sistema constitucional brasileiro e, mais, fator de desequilíbrio das contas públicas. Por oportuno, destacou-se que a PEC nº 6 (Reforma da Previdência) resgata a figura do *custeio concorrente* de benefícios previdenciários não programados o que, diferentemente dos acidentes de trabalho mencionados na proposta, não se pode aplicar ao caso em concreto. Gestações

20 Neste sentido: Ao nascituro vítima do dano genético ou do dano pré-natal, como a qualquer outro membro da família, não pode ser subtraído o direito à reparação integral tão somente porque o agente causador foi a sua própria mãe. O ordenamento jurídico brasileiro não alberga imunidade ou inimputabilidade à gestante que, de forma culposa ou dolosa, ocasionar qualquer espécie de dano ao nascituro. A doutrina da imunidade parental, muito aplicada nos países de common law até meados do século passado e segundo a qual a preservação da harmonia familiar deveria se sobrepor a toda e qualquer compensação eventualmente devida pelos pais aos filhos, encontra-se em franco declínio [...]. (grifou-se). (DELGADO, 2019)

e lactações não podem ser enquadrados como acidentes de trabalho, para nenhum fim, conforme já argumentado alhures.

O tema dos atestados médicos foi afastado com o julgamento, pelo STF, da ADI nº 5938. Entretanto, não é tão simples afirmar que a situação legal em estudo haveria se reconstituído ao que era antes da Reforma Trabalhista, ou seja, que haveria ocorrido o retorno à vigência da norma legal existente antes da Lei nº 13.467/2017. Foi necessário, então, abordar o fenômeno da reprivatização, aqui entendido como efeito necessário à higidez do ordenamento (em que pese o disposto no art. 2º § 3º da LINDB).

A partir de tabela comparativa (disposta ao final), dispensando-se maiores esforços analíticos, demonstrou-se que a versão do art. 394-A válida até a Reforma Trabalhista é bastante diversa da atualmente em vigor (pós-decisão do STF, já incorporados seus efeitos).

Tecnicamente, ocorre a reprivatização quando a norma revogada (no caso, a Lei nº 13.287/2016) volta a vigor por ocasião da norma revogadora (Lei nº 13.467/2017) ter perdido sua vigência, pois, ao impedir a geração de efeitos à norma inconstitucional (de forma *ex tunc*), retira-se-lhe inclusive o poder revogante. À toda evidência, não é este o caso em concreto.

A explicação da redação legal híbrida, mescla da norma anterior com a norma posterior e do “ajuste” realizado pelo STF, deverá, então, partir do efeito transcendente das decisões em ações diretas de inconstitucionalidade. Tal efeito vincula não apenas o dispositivo da decisão, como também os motivos que lhe foram determinantes, ou seja, a interpretação que lhe foi dada pela Corte naquele momento. Daí que a ordem jurídica, em julgamentos futuros, deva observar não apenas a alteração (parcial) do dispositivo legal inconstitucional como principalmente a fundamentação hermenêutica contida no decisum.

Foi intenção do STF, acredita-se, simplificar o afastamento da gestante/lactante do ambiente insalubre, determinando que tal ocorresse mediante a simples prova do fato da gestação ou lactação. Esses efeitos, em que pese a previsão de retroação da nulidade à origem da norma, respeitam os atos praticados durante sua vigência, de tal sorte que não se poderá responsabilizar o empregador por não ter afastado uma gestante exposta a insalubridade em grau médio, pois a regra regente da relação não lhe impunha tal conduta àquela época (princípio da legalidade).

Percebe-se que o tema estudado para além de permear questões médicas que dizem respeito à saúde das gestantes, nascituros, nutrizes e lactantes, ainda passa por aspectos clássicos de constituição da remuneração da relação de trabalho que não foram clara e (ao ver das autoras) corretamente resolvidos. Se o adicional de insalubridade é salário condição, o afastamento compulsório da gestante seria motivo para alteração de sua natureza jurídica, ignorando-se seu caráter condicionado? Da mesma forma, e quiçá mais grave, a temática do encargo previdenciário sem o respectivo custeio é evidente e irremediável. Não é viável a equiparação da gestação saudável à gestação de risco em razão do ambiente laboral habitado pela gestante. Da mesma forma (e inclusive para os fins do *custeio concorrente* invocado pela PEC nº 6), não se pode equiparar gestação a acidente do trabalho.

Por fim, o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro é complexo e a afirmação simplória de que a decisão do STF na ADI nº 5938 fizera retornar o art. 394-A da CLT à vigência anterior não corresponde à realidade: foi o estudo dos fenômenos da repriminção e da transcendência que permitiu dar justificativa técnica plausível ao novo *status* legal estabelecido pela Corte Suprema à matéria do trabalho insalubre de gestantes e lactantes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: Introdução. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. [1988] **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 ago. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Convenção relativa ao Amparo à Maternidade**. OIT nº 103. Adotada na 35.^a Sessão da Conferência, em Genebra (1952), foi aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 20, de 30 de abril de 1965 e efetuado o registro do instrumento de ratificação no B.I.T. em 18 de junho de 1965. Entrou em vigor, para o Brasil, em 18

de junho de 1966, e foi promulgada pelo Decreto n.º 58.820, de 14 de julho de 1966, publicado no D.O.U. de 19 de julho de 1966. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ConvRelAmpMat.html>. Acesso em: 17 ago. 2019

BRASIL. **Decreto Legislativo n. 20, de 30.4.65, do Congresso Nacional.** Aprova as Convenções de n.ºs. 21, 22, 91, 93, 94, 97, 103, 104, 105, 106 e 107 e rejeita a de n.º 90, adotadas pela Conferência-Geral da Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1960-1969/decretolegislativo-20-30-abril-1965-349517-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 18 ago. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 21.417-A, de 17 de maio de 1932.** Regula as condições do trabalho das mulheres nos estabelecimentos industriais e comerciais. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21417-a-17-maio-1932-526754-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 18 ago. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 3.048/99, de 06 de maio de 1999.** Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3048.htm. Acesso em: 18 ago. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 18 ago. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 18 ago. 2019.

BRASIL. **Instrução Normativa do INSS/PRES Nº 77.** Estabelece rotinas para agilizar e uniformizar o reconhecimento de direitos dos segurados e beneficiários da Previdência Social, com observância dos princípios estabelecidos no art. 37 da Constituição. Disponível em: <http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/38/inss-pres/2015/77.htm>. Acesso em: 18 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.324, de 19 de julho de 2006.** Altera dispositivos das Leis nº s 9.250, de 26 de dezembro de 1995, 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.213, de 24 de julho de 1991, e 5.859, de 11 de dezembro de 1972; e revoga dispositivo da Lei nº 605, de 5 de janeiro de 1949. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11324.htm#targetText=LEI%20N%C2%BA%2011.324%2C%20DE%2019%20DE%20JULHO%20DE%202006.&targetText=Altera%20dispositivos%20das%20Leis%20n%C2%BA,5%20de%20janeiro%20de%201949. Acesso em: 18 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008.** Cria o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal, e altera a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11770.htm. Acesso em: 18 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.812, de 16 de maio de 2013.** Acrescenta o art. 391-A à Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre a estabilidade provisória da gestante, prevista na alínea b do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12812.htm#targetText=LEI%20N%C2%BA%2012.812%2C%20DE%2016,ATO%20das%20Disposi%C3%A7%C3%B5es%20Constitucionais%20Transit%C3%B3rias.. Acesso em: 18 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.873, de 24 de outubro de 2013.** Autoriza a Companhia Nacional de Abastecimento a utilizar o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, instituído pela Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, para a contratação de todas as ações relacionadas à reforma, modernização, ampliação ou construção de unidades armazenadoras próprias destinadas às atividades de guarda e conservação de produtos agropecuários em ambiente natural; altera as Leis nºs 8.212, de 24 de julho de 1991, e 8.213, de 24 de julho de 1991, o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1942 - Consolidação das Leis do Trabalho, as Leis nºs 11.491, de 20 de junho de 2007, e 12.512, de 14 de outubro de 2011; dispõe sobre os contratos de financiamento do Fundo de Terras e da Reforma Agrária, de que trata a Lei Complementar nº 93, de 4 de fevereiro de 1998; autoriza a inclusão de despesas acessórias relativas à aquisição de imóvel rural nos financiamentos de que trata a Lei Complementar nº 93, de 4 de fevereiro de 1998; institui o Programa Nacional de Apoio à Captação de Água de Chuva e Outras Tecnologias Sociais de Acesso à Água - Programa Cisternas; altera a Lei nº 8.666, de 21

de junho de 1993, o Decreto-Lei nº 167, de 14 de fevereiro de 1967, as Leis nºs 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, 9.718, de 27 de novembro de 1998, e 12.546, de 14 de setembro de 2011; autoriza a União a conceder subvenção econômica, referente à safra 2011/2012, para produtores independentes de cana-de-açúcar que desenvolvem suas atividades no Estado do Rio de Janeiro; altera a Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005; institui o Programa de Fortalecimento das Entidades Privadas Filantrópicas e das Entidades sem Fins Lucrativos que Atuam na Área da Saúde e que Participam de Forma Complementar do Sistema Único de Saúde - PROSUS; dispõe sobre a utilização pelos Estados, Distrito Federal e Municípios dos registros de preços realizados pelo Ministério da Saúde; autoriza a União, por intermédio do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, a conceder o uso de bens públicos imobiliários dominicais, mediante emissão de Certificado de Direito de Uso de Bem Público Imobiliário - CEDUPI; altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941; dispõe sobre as dívidas originárias de perdas constatadas nas armazenagens de produtos vinculados à Política de Garantia de Preços Mínimos - PGPM e Estoques Reguladores do Governo Federal, depositados em armazéns de terceiros, anteriores a 31 de dezembro de 2011; altera a Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002; autoriza o Poder Executivo a declarar estado de emergência fitossanitária ou zoossanitária, quando for constatada situação epidemiológica que indique risco iminente de introdução de doença exótica ou praga quarentenária ausente no País, ou haja risco de surto ou epidemia de doença ou praga já existente; altera a Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996; dispõe sobre o repasse pelas entidades privadas filantrópicas e entidades sem fins lucrativos às suas mantenedoras de recursos financeiros recebidos dos entes públicos; altera a Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, as Leis nºs 10.848, de 15 de março de 2004, 12.350, de 20 de dezembro de 2010, 12.096, de 24 de novembro de 2009, 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, 12.087, de 11 de novembro de 2009, e 10.260, de 12 de julho de 2001; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12873.htm. Acesso em: 18 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 04 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.287/2016, de 11 de maio de 2016.** Acrescenta dispositivo à Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para proibir o trabalho da gestante ou lactante em atividades, operações ou locais insalubres. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13287.htm. Acesso em: 18 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 6.136/1974, de 7 de novembro de 1974.** Inclui o salário-maternidade entre as prestações da Previdência Social. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6136.htm#targetText=LEI%20N%C2%BA%206.136%2C%20DE%207%20DE%20NOVEMBRO%20DE%201974&targetText=Inclui%20o%20sal%C3%A1rio%2Dmaternidade%20entre%20as%20presta%C3%A7%C3%B5es%20da%20Previd%C3%Aancia%20Social. Acesso em: 18 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.213/91, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 18 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm. Acesso em: 04 de jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017.** Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 18 ago. 2019.

BRASIL. **Medida Provisória 808/2017, de 14 de novembro de 2017.** Altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm. Acesso em: 18 ago. 2019.

BRASIL. **Norma Regulamentadora nº 15, de 08 de junho de 1978.** Atividades e operações insalubres. Disponível em: https://enit.trabalho.gov.br/portal/images/Arquivos_SST/SST_NR/NR-15.pdf. Acesso em: 18 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.938. Rel. Min. Alexandre de Moraes. j. 29 maio 2019. **DJE**, Brasília, DF, 23 set. 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5447065>. Acesso em: 18 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante nº 4. Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial. **DJE**, Brasília, DF, 09 maio 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=4.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>. Acesso em: 17 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (18ª Região). Apelação cível 0011360-77.2016.5.18.0281. MODALIDADE RESCISÓRIA. GESTANTE. A rescisão indireta ocorre quando há condutas praticadas pelo empregador que caracterizam a justa causa, enumeradas no art. 483 da Consolidação das Leis do Trabalho [...] Relator Des. Wellington Luis Peixoto. **DJE** 07 fev. 2017. Disponível em: https://sistemas.trt18.jus.br/visualizador/pages/conteudo.seam?p_tipo=2&p_grau=2&p_id=6176349&p_idpje=62993&p_num=62993&p_npag=x. Acesso em: 17 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (3ª Região). Apelação cível 0011046-82.2016.5.03.0109. No mérito, sem divergência, deu parcial provimento ao apelo da reclamante para acolher a preliminar de negativa de prestação jurisdicional e declarar nula a r. decisão de ID f68a590 [...]. Rel. Des. Jorge Berg de Mendonça. **DJE** 07 fev. 2017. Disponível em: <https://dejt.jt.jus.br/dejt/f/n/diariocon>. Acesso em: 17 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 139. Enquanto percebido, o adicional de insalubridade integra a remuneração para todos os efeitos legais. **DJ**, Brasília, DF, 20, 22 e 25 abril 2005. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_101_150.html#SUM-139. Acesso em: 18 ago. 2019.

DELGADO, Mario Luiz. **Lei brasileira permite responsabilizar os pais por danos causados ao nascituro**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-nov-05/processo-familiar-lei-permite-responsabilizar-pais-danos-causados-nascituro>. Acesso em: 17 ago de 2019.

DIMOULIS, Dimitri. LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

IBRAHIN, Fabio Zambitte. **A cobertura privada dos benefícios por incapacidade**. Migalhas, 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Previdencialhas/120,MI308922,21048-A+cobertura+privada+dos+beneficios+por+incapacidade>. Acesso em: 17 ago. 2019.

LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. Direito do trabalho da mulher: da proteção à promoção. In **Cadernos Pagu** (26), Campinas: Unicamp, 2006.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 8ª ed., 2017.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 2 ed. Rev. e ampl. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 36 ed. São Paulo: LTr, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Manual do Salário**. São Paulo, LTr, 1984.

SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton. **Direito processual constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 4 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

Quadro 1 – Comparativo de alterações do art. 394-A da CLT

394-A (LEI 13.287/2016)	394-A (REFORMA TRABALHISTA)	394-A (PÓS ADI – REDAÇÃO ATUAL)
<p>Art. 394-A. 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.</p> <p>Parágrafo único. (VETADO).</p>	<p>Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de:</p> <p>I - Atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação;</p> <p>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;</p> <p>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.</p> <p>§ 1º</p> <p>§ 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.</p> <p>§ 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.</p>	<p>Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de:</p> <p>I - Atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação;</p> <p>II - Atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, durante a gestação;</p> <p>III - atividades consideradas insalubres em qualquer grau, durante a lactação.</p> <p>§ 1º (VETADO).</p> <p>§ 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.</p> <p>§ 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.</p>

Fonte: elaborado pelas autoras (2020).