

A PROTEÇÃO À MATERNIDADE: UMA ANÁLISE À LUZ DA CONVENÇÃO 103 DA OIT E DA LEI 13.467/2017

Flavia Farias de Arruda Corseuil

Mariana Cavarra Bortolon Varejão

1 INTRODUÇÃO

Neste trabalho, abordamos da Lei 13.467/2017, conhecida como Lei da Reforma Trabalhista (LRT), em face da Convenção 103 da OIT que, ratificada pelo Brasil, não obstante foi sendo gradativamente assimilada por Constituições do período republicano.

A pesquisa faz uma recapitulação de como as Constituições brasileiras incorporaram o escopo de proteção à maternidade, preparando, na sequência, um debate entre os arts. 394-A e 396 da CLT com as formulações sexagenárias do direito internacional.

Com o atual cenário sócioeconômico, em que medida a LRT fomentou e/ou retrocedeu aos termos enunciados pela OIT?

2 PROTEÇÃO À MATERNIDADE NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

A proteção à maternidade no direito brasileiro somente foi invocada na Constituição de 1934. Antes disso, no Brasil Colônia, no Brasil Império e na República Velha, não houve citação de qualquer forma de proteção ao trabalho da mulher nas constituições brasileiras.

A história da proteção do trabalho da mulher é a história de luta das mulheres, não só pela sua inserção no mercado de trabalho, mas pela sua emancipação em relação aos homens e pela briga contra a incessante discriminação. Entretanto não é correto pensar que o trabalho feminino iniciou-se apenas com a Constituição de 1934, ou pouco antes dela. O trabalho da mulher existe desde o Brasil Colônia.



Flavia Farias de Arruda Corseuil

Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Juíza do Trabalho Substituta, TRT 15.



Mariana Cavarra Bortolon Varejão

Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Juíza do Trabalho Substituta, TRT 15.

É claro que, no Brasil Colônia, não se pode falar em uma economia brasileira, já que toda riqueza produzida era remetida à Portugal. Deste modo, a mão de obra era essencialmente escravagista, nesta incluída a mão de obra feminina.

É entre a numerosa leva de escravos que chegaram nesses séculos ao Brasil que se encontra a grande maioria da mão-de-obra feminina da época. Aumentavam-lhe o percentual as índias cativas, mas essas eram em número bem inferior à mão-de-obra negra, vez que era proibido escravizar os nativos, posto que a Coroa lucrava também com o tráfico de escravos. (CALIL, 2007, p. 19)

Ainda segundo Calil (2007, p. 19-20), às mulheres brancas e livres, pouco numerosas à época, restava essencialmente o papel de esposa e educadora dos próprios filhos.

No Brasil Império, com a independência em 1822, pouca coisa mudou. O escravagismo continuou sendo a principal base de mão de obra da economia. É importante lembrar que, nessa época, as mulheres abastadas se dedicavam apenas ao lar, mas às mulheres pobres e às escravas era necessário o trabalho, o que era malvisto e gerava discriminação (CALIL, 2007, p. 22).

O início da República trouxe mudanças. Em 1888, foi abolida a escravidão pela Lei Áurea. Em 1889, ocorreu o fim da Monarquia, iniciando-se a República. Com a libertação dos escravos, houve um esvaziamento da mão de obra no meio rural, o que incentivou a imigração europeia ao Brasil.

A imigração desempenhou um papel importante na criação das leis trabalhistas no

Brasil, e, também, no surgimento das normas protetivas ao trabalho da mulher. Na Europa, a consciência de classe já havia se iniciado e se desenvolvido, de modo que a imigração italiana do pós-guerra também teve papel fundamental no surgimento do sindicalismo brasileiro.¹

Não é à toa que em 1912 teve início, no Congresso Nacional, um projeto de Código do Trabalho, o qual previa parte específica sobre o trabalho da mulher. De acordo com Calil (2007),

Seu texto previa que a mulher poderia contratar emprego independente da autorização marital, que lhe era proibido o trabalho noturno, que sua jornada estava limitada a 8 horas diárias e que poderia se licenciar entre 15 a 25 dias antes do parto e até 25 dias depois, garantido o retorno ao emprego e percepção de um terço do salário no primeiro período e metade no segundo. (CALIL, 2007, p. 27)

Como se sabe, o Código do Trabalho não foi promulgado, dando lugar ao que seria, anos mais tarde, a Consolidação das Leis do Trabalho. Deve-se mencionar que em 1912 ainda havia muito preconceito em relação ao trabalho da mulher. Aquele projeto de lei gerou muita controvérsia, pois era um verdadeiro assombro retirar a autorização marital para que a mulher pudesse trabalhar.

Já a constante mão de obra feminina, impulsionada pela imigração, não ficou desapercibida pela Constituição de 1934. O texto constitucional de 1934 foi diretamente marcado pela influência do constitucionalismo

1 É paradigmática a greve geral de 1917 em São Paulo, protagonizada por imigrantes italianos, que vista tanto em seu contexto local como internacional, afasta a tese do espontaneísmo (BIONDI, 2009).

moderno, iniciado anos antes no Direito Estrangeiro, citando-se, em particular, a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919.

Observa-se uma importante menção aos direitos sociais no constitucionalismo moderno, sendo expoente os direitos relacionados ao trabalho, que nos interessa. A Constituição de 1934, avalia Proni (2013, p. 33), foi a primeira a prever a proteção à maternidade e também à infância, trazendo, ainda, a garantia ao emprego à mulher gestante.

De acordo com o art. 138 da Constituição de 1934, em seus incisos “c” e “f”, incumbia a União, aos Estados e Municípios, nos termos das leis respectivas: “c) amparar a maternidade e a infância”; “f) adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a moralidade e a morbidade infantis; e de higiene social, que impeçam a propagação das doenças transmissíveis”.

A Constituição de 1937 foi fruto de um golpe de Estado, liderado por Getúlio Vargas. Ela retrocedeu no campo da proteção ao trabalho da mulher. A Constituição Polaca (como ficou conhecida) omitiu a garantia ao emprego da mulher gestante e não determinou a igualdade salarial entre homens e mulheres, embora previsse a igualdade de todos perante a lei. Tal fato contribuiu para a edição do Decreto-Lei nº 2.548, de 1940, o qual possibilitava a diferença salarial de até 10% a menos para as mulheres em relação aos homens (CALIL, 2007, p. 35).

Ainda sob a vigência da Constituição de 1937, entrou em vigor a Consolidação das Leis do Trabalho, em 1943, havendo um capítulo especialmente dedicado à proteção do trabalho da mulher (capítulo III da CLT). Houve uma preocupação do legislador celetista quanto à

proteção da saúde da mulher, sua moral e sua capacidade reprodutiva (CALIL, 2007, p. 36).

A Constituição de 1946 não só garantiu os direitos protetivos à mulher, já existentes, como abonou a igualdade salarial entre homens e mulheres, bem como o emprego da mulher gestante. A Constituição de 1967, apesar de ter sido fruto do golpe militar, manteve os direitos protetivos da mulher, o que não foi afetado com a Emenda Constitucional nº 1, de 1969.

Assim como a Carta de 1934, as de 1946 e 1967, inclusive a emenda de 1969, em seus arts. 158, III e 165, III, proibiam salários diferentes entre homens e mulheres, além de assegurarem todos os outros direitos concedidos anteriormente. Mas o grande destaque da Constituição de 1967 é que esta inovou à medida que proibiu a diferença de critérios de admissão por motivo de sexo, cor e estado civil e assegurou a aposentadoria à mulher após trinta anos de contribuição. (PRONI, 2013, p. 34)

A Constituição de 1988 representa um novo momento político do Brasil, com o fim da ditadura e a redemocratização do país. Nela estão consagrados os direitos sociais, que aparecem já em seu início, a partir do art. 6º, em que se inclui, como um direito social, a proteção à maternidade e à infância.

A disposição topográfica dos direitos sociais na Carta de 1988 representa um importante simbolismo, no sentido de que os direitos sociais são tão importantes quanto as liberdades e garantias individuais.

No campo da proteção ao trabalho da mulher, a grande inovação foi a ampliação da licença maternidade de 90 para 120 dias.

Prevê o art. 10, II, “b”, do Ato das Disposições Transitórias (ADCT):

Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

II- fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

O art. 7º da Constituição de 1988 previu um rol mínimo de direitos trabalhistas, dentre eles: o inciso XVIII, sobre o direito à licença gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de 120 dias; o inciso XX, sobre a proteção ao mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; o inciso XXV, sobre a assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas; por fim, o inciso XXX proíbe diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

Resumindo a história do trabalho da mulher no Brasil, ensina Calil que este pode ser dividido em três fases, eras ou épocas definidas por marcos jurídicos:

Numa primeira fase, a mulher era excluída do mundo do trabalho e confinada no lar sob dominação masculina, ou tinha uma participação econômica tutelada – este período vai desde o ordenamento da República Velha (1891) até a Revolução de 1930. Na segunda fase, pode-se falar que começa a emancipação legal e a proteção do trabalho da mulher – este período se inaugura com a

Constituição de 1934 e, em particular, a promulgação da CLT (1943), indo até o momento de transição aberto pela Nova República (1985). A terceira onda, sob esta ótica, corresponde à consolidação dos direitos sociais, à ênfase na igualdade no trabalho e à maior efetividade da atuação das mulheres como atores sociais – este período parte da promulgação da Constituição Cidadã de 1988 e segue até os dias de hoje. (apud PRONI, 2013, p. 26)

Apesar da consagração constitucional, em 1988, da igualdade entre homens e mulheres no trabalho, isso não significa o fim da discriminação das mulheres no ambiente laboral. Apesar de todos os avanços no campo legislativo, a mulher ainda luta contra a desigualdade fática, o preconceito e as dificuldades da conjugação da maternidade com a carreira profissional.

Como se sabe, a previsão em leis não significa a efetivação dos direitos. É preciso aliar à previsão legislativa políticas públicas que realmente garantam a igualdade entre homens e mulheres.

Esse contexto não passou despercebido no cenário internacional, dando origem a algumas Convenções da OIT de significativa importância para igualdade entre homens e mulheres no mercado de trabalho. É o que se passa a analisar.

3 MULHER E MATERNIDADE NAS CONVENÇÕES DA OIT

No intuito de prover um juízo sobre a Reforma Trabalhista, é imperativo consultar aqueles textos que o Brasil ratificou no âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Entre as convenções de que o Brasil é signatário, ressaltamos a de número 103 (Amparo à Maternidade), fazendo a partir dela aceno para as de número 100 (Igualdade de Remuneração de Homens e Mulheres Trabalhadores por Trabalho de Igual Valor) e 111 (Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação).

Os debates que a Reforma Trabalhista atraíram para a sua órbita configuram uma excelente oportunidade para se revisitar um tema sobre o qual paira consenso desde as décadas de 50 e 60, uma vez que o Brasil assinou a Convenção 103, de 1952, em 1965, mesmo ano quando aderiu à Convenção 111, de 1958, década em que também pôs em vigor a Convenção 100, de 1951.²

Não é demais pontuar que a OIT é a única agência da Organização das Nações Unidas (ONU) que possui uma estrutura tripartite; nela, não somente os governos contam com representação, como também os empregados

2 Notadamente, não são as únicas convenções em torno ao trabalho feminino, embora se diferenciem por não possuírem um caráter proibitivo. As primeiras foram as de números 3 e 4, já de 1919. “A Convenção nº 3 traz regulamentação relativa ao emprego da mulher antes e depois do parto, vez que a empregada gestante não tinha nenhuma proteção. [...] em seu artigo 3º, a Convenção proíbe a mulher de trabalhar durante seis semanas após o parto, mas prevê uma indenização a ser paga a mulher para a sua manutenção e a de seu filho, enquanto ela estiver com o que hoje chamamos de licença maternidade. E quando do retorno ao trabalho lhe é assegurada folga para amamentar a criança. Já a Convenção de nº 4 é relativa ao trabalho noturno da mulher. Essa estabelece o que se entende por período noturno de um modo geral e flexibiliza a sua compreensão conforme as peculiaridades dos países. E em seu artigo terceiro proíbe que mulheres, independente da idade trabalhem durante a noite, seja em estabelecimento público ou privado. Faz, porém uma exceção aos estabelecimentos em que só são empregados os membros de uma mesma família” (MAGALHÃES, 2014). Sondem-se suas repercussões na CLT: art. 379 e 381 (trabalho noturno da mulher; Lei 7.855/1989), art. 384 (período de descanso na jornada), art. 392 (trabalho da mulher grávida), art. 373-A (atos discriminatórios contra a mulher; Lei 9.799,/1999) (MAGALHÃES, 2014).

e os empregadores. Resulta plausível conceber que um texto com o *status* de “Convenção” goze de um consenso amplo e sedimentado.

Também vale sublinhar uma característica que compõem um dos traços da mesma instituição, de modo a repercutir essa sua índole nas formulações que por hora nos ocupamos. A OIT (ILO – *International Labour Organization*) é uma agência especializada das Nações Unidas, que visa estabelecer a paz através da justiça social e do trabalho decente. Esse objetivo repercute, é verdade, do Tratado de Versalhes que decretou, em 1919, o fim da Primeira Guerra Mundial. Seu horizonte não se restringe àquilo que compunha a Parte XIII (artigos 387-399) do Tratado, abrindo-se para uma atuação que em muito supera os limites dos problemas gerados pela crescente industrialização.

Na realidade, a questão que se coloca é sobre a pertinência da Convenção 103 num contexto não precisamente de industrialização, mas de globalização. Que forças atuam no sentido de robustecer ou, ao contrário, de debilitar os ideais éticos, políticos e humanitários visados pela Convenção? Afirma Husek (2011) que a OIT age então em favor de uma conjuntura onde

O trabalho não poderia ser visto como um problema individual, mas da sociedade em geral: capital e trabalho, um binômio na construção efetiva da paz. A consciência desse fato ainda parece atuar muito no mundo atual, apesar da influência da OIT e das avançadas legislações dos países, porque a vontade política dos líderes governamentais ainda é informada pela ganância e pelo egoísmo. (HUSEK, 2011, p. 95)

Para aprofundar essa questão e avaliar, a seu respeito, um recorte da legislação trabalhista que passou a vigorar com a Lei 13.467/2017, convém enfocar alguns elementos básicos da referida Convenção, não sendo demais lembrar que o Brasil, tendo participado das conferências da OIT já na sua primeira reunião como um membro fundador, assimila ao seu ordenamento jurídico aquilo que ele livre e soberano uma vez ratificou.³

A Convenção 103 da OIT é a principal norma internacional em vigor sobre a proteção à maternidade. Ela prevê o direito à licença-maternidade (art. III, item 1) de no mínimo doze semanas. A parte reservada obrigatoriamente ao período pós-parto (art. III, item 2) abrange a metade desse tempo, conforme sublinha Sússekind (2000), podendo a legislação nacional ampliá-lo (art. III, item 3) ou mesmo prorrogá-lo em situação de doença decorrente do parto (art. III, item 6).

Esse tratado, adotado no mesmo ano em que a Conferência aprovou a Convenção sobre as normas mínimas da seguridade social, é de aplicação geral, beneficiando as mulheres empregadas em empresas públicas ou privadas (art. 1). Mediante apresentação de um *certificado médico*, no qual se indique a data presumida do parto, será assegurado à mulher um repouso mínimo de *12 semanas*, o qual deverá

3 Admite-se tacitamente o propósito de implementar seus ideais. “No preâmbulo de sua Constituição, a OIT deixa clara a necessidade de alcançar a justiça social para que então se tenha a paz universal e que para isso é mister combater a miséria e outros males, o que se pode fazer através da promoção de condições dignas de trabalho. E na Declaração de Filadélfia (1944) anexada à sua Constituição, a OIT traz como um de seus princípios fundamentais o de que o trabalho não é uma mercadoria” (MAGALHÃES, 2014).

ter, após o parto, duração não inferior a seis semanas, ainda que, para este fim, tenha de ser prorrogada a licença global (art. 3). (SÚSSEKIND, 2000, p. 397)

Segundo a Convenção 103, a licença-maternidade também pode ser alargada por uma licença pré-natal suplementar em caso de doença resultante da gravidez (art. III, item 5).

Outro direito importante da Convenção consiste em manter a remuneração nos períodos em que a mulher precisa se ausentar do trabalho, com fins a garantir-lhe, em condições dignas, a própria subsistência e a de seu filho (art. IV, item 2). Isso inclui as interrupções do trabalho para fins de aleitamento (art. V, item 2). Os custos seriam arcados pelo sistema público de seguro social, jamais pelo empregador da iniciativa privada (art. IV, item 8).

Na situação de lactante, a mulher necessita de condições propícias para amamentar seu filho. O caso é previsto na Convenção 103 com os seguintes termos: “Se a mulher amamentar seu filho, será autorizada a interromper seu trabalho com esta finalidade durante um ou vários períodos cuja duração será fixada pela legislação nacional” (art. V, item 1). A mulher não será prejudicada financeiramente e nem penalizada com o aumento da jornada (art. V, item 2).

A proteção contra a dispensa arbitrária durante a licença-maternidade está prevista no art. VI da Convenção 103.

Outra preocupação da OIT em relação à mulher é quanto à discriminação, especialmente no que tange a sua desigual remuneração em comparação ao homem. Comentando a Convenção 100, Sússekind (2000) analisa:

No curso do mencionado “Decênio”, verificou-se que, além do aumento, em números absolutos e relativos, da participação feminina na PEA, elevou-se a faixa etária e o ingresso da mulher casada na força de trabalho. Mas evidenciou, também, que ainda é ampla a *discriminação* contra o trabalho feminino, a refletir-se principalmente no valor dos salários, na designação para cargos de direção, na seleção de trabalhadores para a admissão e na despedida. Mas é inegável que a participação da mulher no mundo do trabalho vem crescendo, sendo que até prepondera em algumas atividades profissionais. (SÜSSEKIND, 2000, p. 393-394)

A Convenção 100 preza pela igualdade de remuneração entre homens e mulheres em funções iguais. Em seus termos, consiste em “assegurar a aplicação a todos os trabalhadores do princípio de igualdade de remuneração para a mão-de-obra masculina e a mão-de-obra feminina por um trabalho de igual valor” (art. 2, item 1).

É patente a esta Convenção a perspectiva de que uma diferença salarial não se deva a um aspecto funcional ou contingente. Trata-se de uma “discriminação fundada no sexo” (art. 1, alínea b), um problema portanto de ordem cultural.

Um delineamento mais preciso e efetivo contra a discriminação é dado pela definição da Convenção 111. Com ela, a OIT faz eco à Declaração Universal dos Direitos do homem, abordando uma discriminação que se manifesta não apenas na desigualdade salarial, como em vários outros níveis, e em matéria de emprego e ocupação. Por “discriminação” se compreende (art. 1, item 1):

- a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;
- b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

Não é difícil imaginar que uma mulher gestante e/ou lactante seja sujeito prioritário dessas alíneas. Será que a gravidez, ou mesmo o aleitamento, condições naturais e biológicas da maternidade, não vem sendo contada, de forma sutil, como critério de desqualificação da mulher para o emprego? Seria ingenuidade não pensar que tais condições, em determinado cenário socioeconômico, determinam a preferência por outro perfil de empregado (art. 1, item 2)?

Apesar de todas essas considerações, vejamos o que a própria OIT (2016) observa. Numa pesquisa sobre as mulheres no trabalho, ela detectou que: as mulheres jovens são as mais vulneráveis ao desemprego (OIT, 2016, p. 4); as mulheres continuam sobrerrepresentadas como trabalhadoras familiares não remuneradas (OIT, 2016, p. 4) e segregadas a determinados setores profissionais (OIT, 2016, p. 5-7); enfim, tanto em países desenvolvidos (de alto rendimento) como em desenvolvimento (de baixo rendimento),

“as mulheres continuam a trabalhar menos horas no emprego remunerado, enquanto se ocupam da maior parte das tarefas domésticas não remuneradas e da prestação de cuidados” (OIT, 2016, p. 7). O levantamento calcula que em média as mulheres realizam “pelo menos duas vezes e meia mais tarefas domésticas não remuneradas e de cuidados do que os homens” (OIT, 2016, p. 7), o que as torna mais propensas à informalidade (OIT, 2016, p. 8).

A estimativa é que serão necessários mais de 70 anos para eliminar completamente as disparidades de gênero no mercado de trabalho:

A nível global, estimam-se em 23 por cento as disparidades salariais de gênero, isto é as mulheres ganham 77 por cento do que ganham os homens. Mesmo quando se consideram taxas horárias (dado que as mulheres trabalham menos horas do que os homens), as mulheres continuam a enfrentar diferenças salariais persistentes, com valores de 10 por cento ou mais em países onde existem dados disponíveis. Essas disparidades não podem ser explicadas unicamente por diferenças na educação ou pela idade. Estão, também, relacionadas com a subavaliação do trabalho que é realizado pelas mulheres e das competências exigidas nos sectores ou profissões de predominância feminina, práticas discriminatórias, e a necessidade das mulheres fazerem pausas na carreira para poderem assegurar as responsabilidades adicionais, por exemplo após o nascimento de uma criança. Recentemente verificaram-se alguns progressos na redução destas diferenças salariais entre homens e mulheres, mas as melhorias são pequenas e, se

as atuais tendências se mantiverem, serão necessários mais de 70 anos até que as disparidades salariais de gênero sejam completamente eliminadas. As reduções nos diferenciais salariais entre homens e mulheres são principalmente atribuídas às ações explícitas da política contra os desequilíbrios de gênero no mercado de trabalho, e menos às melhorias gerais na qualidade de vida. Na verdade, os diferenciais salariais entre homens e mulheres não estão relacionados com o nível de desenvolvimento económico do país, já que alguns dos países com níveis mais elevados de rendimento per-capita estão entre aqueles que têm diferenças salariais entre homens e mulheres mais elevadas. O desenvolvimento económico por si só não garante uma distribuição equitativa dos ganhos do crescimento económico entre homens e mulheres. (OIT, 2016, p. 9)

Parece não ser suficiente a simples promulgação de leis que atentem para a situação da mulher no trabalho. Mas não deixa de ser imprescindível que, para lidar com a realidade fática, uma determinada legislação soa como catalizadora de transformações para uma ou outra direção.

Acerca da remuneração em licença-maternidade, tal como vimos há pouco tocante à Convenção 103,

Embora praticamente todos os países proporcionem algum tipo de proteção na maternidade às mulheres empregadas, cerca de 60 por cento das mulheres trabalhadoras em todo o mundo (quase 750 milhões de mulheres) não beneficiam de um direito estatutário a uma licença por maternidade. Problemas com a

implementação, a consciencialização dos direitos, a insuficiente capacidade contributiva, práticas discriminatórias, a informalidade e exclusão social significam que, em todo o mundo, se estima que apenas 330 milhões de mulheres trabalhadoras (28,2 por cento) recebem algum benefício contributivo ou não contributivo, em dinheiro por ocasião do parto. (OIT, 2016, p. 9)

Com efeito, será que a legislação de fato ampara a mulher em todas as suas necessidades de gestante, puérpera e lactante?

Num balanço parcial dos textos verificados, depreendem-se alguns direitos que visam salvaguardar a mulher no contexto de suas necessidades e deveres maternos. Valerá analisar, na sequência, os desafios práticos com que a mulher tem de lidar uma vez inserida no mercado, e se a nova legislação trabalhista no Brasil representa uma posição de avanço ou retrocesso em face da lei internacional, ou mesmo dos ideais que nortearam a elaboração das Convenções 100, 103 e 111.⁴

4 A MATERNIDADE NA LEI 13.467/2017: AVANÇO OU RETROCESSO?

A Lei 13.467/2017, também conhecida como a Lei da Reforma Trabalhista (LRT), promoveu alterações e acréscimos no que diz respeito à mulher no trabalho, trazendo com

4 O Brasil ainda não ratificou a Convenção 183 (Sobre a proteção à maternidade), adotada pela OIT em 2000. Essa Convenção amplia o período de licença-maternidade para quatorze semanas (art. 4, item 1), e insere um artigo sobre a proteção à saúde, com o qual se comprometeria a “adotar as medidas necessárias para garantir que não se obrigue às mulheres grávidas ou lactantes desempenhar um trabalho que tenha sido determinado pela autoridade competente como prejudicial para sua saúde ou a de seu filho”.

isso repercussão para a maternidade. É nosso interesse levantar um debate nessa matéria, passos que desejamos dar aqui em alguma medida.

A Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), mediante o seu XIX Congresso Nacional ocorrido em Belo Horizonte em 2018, pronunciou-se de forma retumbante contra o art. 394-A da CLT, declarando sua inconstitucionalidade e sua inconveniência⁵. Faremos um exame de modo mais minucioso.

Para fins de sondagem com as Convenções da OIT supramencionadas, pautamos as redações do art. 394-A e do art. 396, ambos da CLT.

Há quatro aspectos que recortamos nas medidas previstas pela LRT em torno à proteção da mulher, aos quais assim elencamos: a) Do afastamento ou permanência da gestante/lactante em local insalubre; b) Da manutenção do adicional em caso de afastamento (art. 394-A, §2º); c) Do responsável pelo pagamento do adicional de insalubridade (art. 394-A, §2º); d) Dos intervalos para amamentação. Os três primeiros aspectos nos remetem ao art. 394-A. Apenas no último é que nos reportaremos ao art. 396.

4.1 Sobre a manutenção do adicional e o responsável por seu pagamento

O segundo aspecto que anunciamos se refere à manutenção do pagamento do adicional de insalubridade à empregada gestante/

5 O artigo incidiria contra os arts. 1º, III; 6º; 7º XXII; 196; 200; 201, II; 203, I; 225; 226 e 227 da Constituição Federal; contra as Convenções 103 e 183 da OIT; e contra os arts. 25, I e II da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ANAMATRA, 2018, p. 32).

lactante afastada de agentes insalubres (art. 394-A, *caput*). A redação anterior não previa essa remuneração, o que comporta ajuizar sobre o caráter benéfico do novo texto para a mulher.

É o único caso na lei de um empregado afastado do local insalubre para salubre, portanto, por uma alteração benéfica efetuada pelo empregador, que continuará a receber o respectivo adicional. Ressalte-se que o adicional visa indenizar a nocividade do trabalho, que obviamente cessou com a transferência do empregado para local saudável. (CASSAR, 2018, p. 172)

Quando deixava de trabalhar em condição insalubre em razão de gravidez e aleitamento, a mulher também deixava de receber o adicional. Agora, apesar de ser afastada do agente, ela mantém o patamar financeiro, sem ônus para o empregador, já que será compensada pela Previdência (art. 394-A, §2º).

Essa observação nos coloca diante do terceiro ponto que acima recortamos, um elemento, aliás, que manifesta, nesse particular, uma consonância da LRT com a Convenção 103, mais exatamente, em seu art. IV, item 8.

Esse regime de compensações, como se vê, representa, de algum modo, um autêntico **regime cooperativo** de proteção da criança, a envolver alvissareira articulação de recursos públicos e patrimônio privado em prol da proteção eficaz da criança. Nem se diga que tal preceito padece de inconveniência por violação ao disposto no art. 4º, item 8, da Convenção nº 103 da Organização Internacional do Trabalho (incorporada ao ordenamento jurídico interno

por meio do Dec. nº 58.820/1996), ao rezar que, “em hipótese alguma, deve o empregador ser tido como pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas às mulheres que ele emprega”. Afinal, o empregador apenas faz o pagamento imediato desse numerário, fazendo uma espécie de antecipação pecuniária, sendo que oportunamente logra efetivo ressarcimento perante os cofres públicos mediante a citada técnica compensatória. Com isso, evita-se a *masculinização* de determinadas atividades, com valiosa proteção do mercado de trabalho da mulher (CF, art. 7º, XX). (SOUZA JÚNIOR et al., 2017, p. 159)

O ônus para assistir à empregada gestante/lactante afastada completamente do trabalho ou apenas do agente insalubre pertence, em última instância, à Previdência Social, em razão do sistema solidário e contributivo que vigora no Brasil (CF/88, art. 201, *caput* e II).

A essa determinação subjaz a ideia de “socializar os custos da gestação em ambiente insalubre [...], pois não se pode onerar o empregador com um encargo que é social e não particular” (SILVA, 2017, p. 64-65). Haja vista se tratar de um direito em franca consonância com a legislação internacional, resta acompanhar se haverá recursos para custeá-lo com agilidade e a bom grado, afinal, um salário-maternidade por 9 meses ou por 2 anos (de afastamento de local insalubre), como destacaremos a seguir, representa uma cifra bem maior do que os 120 dias de licença-maternidade.

4.2 Intervalos para amamentação (art. 396)

Em torno ao art. 396 da CLT, que trata dos intervalos para a amamentação, a nova

legislação apenas definiu uma imprecisão. O *caput* de ambos os textos prevê dois intervalos de trinta minutos, durante a jornada de trabalho, até que o filho complete seis meses de idade. Nada dizia sobre quem ou como se determinaria esses “dois descansos especiais” (art. 396, *caput*).

Para efeito de preencher essa lacuna, a LRT acrescentou que esses intervalos, restritos a dois, “deverão ser definidos em acordo individual entre a mulher e o empregador” (art. 396, §2º).

Há uma série de pormenores a serem considerados aqui. Em síntese, o texto levanta margens para tantos problemas que teriam sumária solução com um período de 180 dias para a licença-maternidade.⁶

Uma primeira questão é quanto ao risco de “monetização dessas pausas ou seu agrupamento sob a forma de compensação de jornada” (SILVA, 2017, p. 66). Trocar os intervalos por dinheiro ou transformá-los em banco de horas são ameaças que comprometem a finalidade da norma, mas não a norma em si.

Algumas indagações, se lançadas ao próprio texto legal, levariam a nos questionar se a LRT não se mostrou apática quanto a uma

necessidade que reverbera da Lei 8.069/1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

A LRT não fez mais do que dar “um esclarecimento legal quanto à forma de definição dos precisos momentos em que, durante a jornada laboral, a trabalhadora deverá fazer pausa para amamentação de seu filho” (SOUZA JÚNIOR et al., 2017, p. 163). Mas será que esses dois únicos momentos atendem à “condição peculiar da criança [...] como pessoa em desenvolvimento” (ECA, art. 6º)? Será que dois tempos de meia hora, numa jornada de oito horas, efetiva o direito da criança à alimentação (ECA, art. 4º, *caput*)? Será que a LRT, determinando um limite de tempo para a amamentação, está tratando a criança com “absoluta prioridade” (ECA, art. 4º, *caput*) e afastando dela “qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (ECA, art. 5º)?

Esses questionamentos, como pensamos, ultrapassam o otimismo que Collaneri (2018) exhibe ao dizer que a reforma de 2017 “não apenas manteve esse direito, mas o estendeu às mulheres que efetuem adoção. Assim, a CLT retirou a expressão ‘Para amamentar o próprio filho’, e inseriu a expressão ‘Para amamentar seu filho, inclusive se advindo de adoção’, grande avanço tanto para o incentivo à adoção quanto para a criação de laços mais fortes entre adotante e adotado” (COLLANERI, 2018).

Tantas são as perguntas quanto a diversidade de casos que ilustram o complexo e melindroso campo da amamentação. E se a criança não terminar de mamar em trinta minutos, ou encerrar em cinco? E se ela precisar de mais de dois intervalos, ainda que de tempos menores? Terá a lei se pautado numa situação máxima, a fim de que empregador e empregada

6 Aponta para essa direção o Programa Empresa Cidadã, que institui a prorrogação da licença-maternidade para mais sessenta dias a empregadas de pessoa jurídica que aderir à Lei 11.770/2008. A licença-gestante tem o mesmo prazo constitucional de 120 dias (CF/88, art. 7º), independente da idade da criança adotada, para o caso de adoção ou guarda judicial para esse fim, designada por isso de licença-adotante (CLT, art. 392-A). A licença-maternidade estendida já é praxe no âmbito dos órgãos e entidades do serviço público (Decreto 6.690/2008, art. 2º, §1º). Embora a Lei 8.112/1990 (art. 210) estabeleça prazos diferenciados de licença para servidora pública que adotar criança com menos ou com mais de 1 ano de idade, trata-se de uma previsão inconstitucional (STF. Plenário. RE 778889/PE, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 10/3/2016).

tenham margem para fixar ocorrências de menor frequência? Quais as fontes empíricas que na literatura médica apoiariam essa demarcação? Como se daria a dinâmica de uma mulher que amamentaria seu filho pelos dois períodos estabelecidos, mas que somente para chegar ao seu local de trabalho deslocasse diariamente numa média de duas horas pelo transporte metropolitano?

Para Souza Júnior et al. (2017, p. 163), deduz-se que “o empregador deve se manter inteiramente sensível aos horários de amamentação propostos pela trabalhadora, **adaptando o trabalho às necessidades da criança e não o contrário**, ou seja, amoldando a dinâmica laborativa à dinâmica físico-afetiva de amamentação informalmente estabelecida a cada dia entre a própria mãe e seu filho”. É certo que o texto fala de um “acordo individual”, mas não pede sensibilidade, compreensão e solidariedade ao empregador; enseja inclusive que se determinem horários fixos.

Convém recordar que a Organização Mundial de Saúde (OMS) e o Ministério da Saúde são congruentes e incisivos na recomendação do aleitamento materno exclusivo (AME) até os seis meses de idade, seguindo o ritmo da livre demanda, ou seja, sempre que o bebê necessitar, ou mais exatamente, respeitando o processo onde o bebê é quem determina o horário e o tempo de amamentação.⁷

7 O Ministério da Saúde utiliza inclusive as mesmas definições que a WHO (World Health Organization), afirmando que “A Organização Mundial da Saúde (OMS) e o Ministério da Saúde recomendam aleitamento materno exclusivo por seis meses e complementado até os dois anos ou mais. Não há vantagens em se iniciar os alimentos complementares antes dos seis meses [...]” (BRASIL, 2009, p. 12), para o que se alerta sobre os prejuízos que podem causar à saúde da criança e os benefícios que se deixam de promover à saúde da mãe (BRASIL, 2009, p. 12-18). Em consonância com o

Ora, isso seria impraticável para uma mulher que tem de retornar ao trabalho no máximo 120 dias após o parto. Seria também inviável para esta mulher manter algum tipo de amamentação, seja de forma complementar e muito menos predominante, após o sexto mês de vida de seu filho.

Diante desse quadro, voltamos a interrogar: não teria sido melhor que a LRT legisse em favor da ampliação da licença-maternidade, atendendo, como de passagem mostramos, a um consenso médico internacional em torno à importância da amamentação exclusiva até os seis meses? O art. 396 deveria ter sido reformado em seu próprio *caput*. Ao invés de escrever “até que este complete seis meses de idade” (grifos nossos), nele leríamos: “a partir de quando este complete seis meses de idade” (grifos nossos).

Não se pode afirmar que, nessa matéria, a legislação nacional tenha se atarracado em relação à Convenção 103. Mas se pode confirmar que ela não assume o propósito de explorar todas as suas potencialidades. A Convenção enuncia termos genéricos que permitiriam à LRT ir bem mais além do que foi. Segundo a OIT, para fins de aleitamento, a mulher poderia interromper seu trabalho “por um ou vários períodos” (art. V, item 1). Há de

.....
que recomendam conjuntamente a UNICEF e a OMS mediante seu Departamento de Nutrição para Saúde e Desenvolvimento (WHO, 2017, p. VI), de 1º a 7 de agosto de 2018 ocorreu o lançamento da Campanha da Semana Mundial da Amamentação, do Ministério da Saúde em parceria com o SUS e a Sociedade Brasileira de Pediatria (SBP). Com o *slogan* “Amamentação é a base da vida”, o prospecto lista os benefícios do leite materno, enfatizando que as “mães devem amamentar até os dois anos ou mais e de forma exclusiva até o 6º mês do bebê” (BRASIL, 2018). A campanha fornece lista de materiais para download (<http://portal.arquivos.saude.gov.br/campanhas/amamentacao/>).

se problematizar por que a LRT restringiu-se a dois, quanto mais dentro de um período que a literatura médica recomenda amamentação “exclusiva” e por “livre demanda” do bebê.

É somente para caso de afastamento de local insalubre que a LRT permite antecipar a licença-maternidade da gestante em gravidez de risco, preservando, é claro, os 120 dias previstos pela Constituição. Como uma mãe amamentará a seu filho, de forma exclusiva, por seis meses, se sua licença não cobre esse período? E como ela fará a introdução alimentar gradativa, mantendo o aleitamento de forma predominante, tendo para isso apenas dois momentos previstos durante a jornada? Ademais, tendo completado seis meses de idade, não prevê a CLT que a mulher continue a amamentando seu filho durante a jornada de trabalho?

Lamentamos e criticamos o fato de a LRT não ter ampliado para 180 dias, universalizando para todas as mulheres, a licença de maternidade. Isso estaria em consonância com a recomendação de amamentação exclusiva até os seis meses da criança, quanto mais com o aleitamento até o segundo ano de vida.

Prolongar em mais 60 dias o tempo de 120 dias de licença eliminaria todos os inconvenientes que se supõe ocorrerem com esses intervalos para a amamentação previstos no art. 396, *caput*. Ventilamos ser iniludível, seguro e garantido que uma lactante, vendo-se legalmente amparada, seria positivamente incentivada a empreender uma atividade de amamentação exclusiva e por livre demanda durante todo o período recomendado pela OMS, contanto que para gozar desse direito haja devida forma de comprovação do exercício que o condiciona.

4.3 Sobre a permanência ou afastamento da gestante/lactante em local insalubre (art. 394-A, I-III e §3º)

Por fim, essa é outra grande polêmica gerada pela LRT. Diferentemente da redação precedente, agora é permitido que uma empregada gestante/lactante atue em local insalubre, dependendo é claro do grau de insalubridade do ambiente em que estiver exposta, bem como do parecer médico que ateste o malefício para a sua saúde e a do feto/bebê.

Segundo a antiga redação, tanto a empregada gestante quanto a lactante seriam afastadas do labor se expostas a qualquer agente insalubre, tendo então de serem transferidas para um local salubre. Com a reforma, admite-se em regra que uma gestante trabalhe em locais insalubres de grau médio ou mínimo (art. 394-A, II), exceto máximo (art. 394-A, I), e que uma lactante exerça atividade insalubre em qualquer grau (art. 394-A, III). Em suma, “o texto aprovado continua repleto de nuances e brechas para a atividade insalubre da grávida” (SILVA, 2017, p. 63).

A única situação para afastamento automático é o caso de gestante em atividade de máxima insalubridade. Mas é somente mediante atestado médico que empregadas gestantes/lactantes podem ser afastadas, havendo como primeira opção sua transferência para local salubre; se isso não for possível, procede-se com o seu imediato afastamento assistido por um salário-maternidade (art. 394-A, §3º).

Chama a atenção o fato de a lei ter incumbido a mulher, em meio à gestação/lactação, de tomar a iniciativa de providenciar

o documento/laudo que a afaste de sua atividade perante o patrão. Terá ela mais poder e autonomia? Ou ficará ela mais vulnerável aos temores que rondam as condições de empregabilidade na sociedade contemporânea?

Atribuir esse encargo à trabalhadora gestante ou lactante significa, ademais, inaceitável imposição de pesado ônus à parte mais frágil da relação contratual trabalhista. Tendo sobre si tal tarefa de atestar eventual nocividade labor-ambiental, por certo a trabalhadora se sujeitará aos dilemas contemporâneos que envolvem o temor da dispensa futura ou da discriminação iminente, caso aceite a recomendação médica e se afaste da atividade ou mesmo do trabalho. O legislador, nessa perspectiva, em vez de reduzir, **maximizou os riscos psicossociais** incidentes sobre a trabalhadora imersa nessa delicada situação, não sendo difícil prever que muitas mulheres acabarão optando por permanecer no labor, apesar do atestado médico recomendar o contrário, com medo de represálias ou más compreensões da chefia imediata, oportunizando, assim, o exurgir de doenças ocupacionais relacionadas a distúrbios psíquicos. (SOUZA JÚNIOR et al., 2017, p. 157)

Já dissemos que não é a esfera privada (empresa), e sim a pública (Previdência), quem custeia os valores financeiros relativos a um eventual afastamento parcial ou total do labor (art. 394-A, §2), a fim de que não haja prejuízo na remuneração (art. 394-A, *caput*). Como se depreende de outras referências legislativas, o período da gestação e lactação não é dos mais confortáveis para os atores da relação de emprego, razão para que a lei determine

garantias provisórias, pois a mulher enquanto “único ser que pode gerar outro ser humano [...], tem, nos três momentos da maternidade (gestação, parto e amamentação), a única forma de tratamento diferenciado em relação ao homem trabalhador” (FRANCO FILHO, 2013, p. 43).

Há, sobre esse ponto, outras considerações que a seguir pontuamos.

a) O período de afastamento.

A LRT criou condições que dão margem para que, em tese, uma mulher gestante/lactante seja exposta a agentes que causem dano a sua saúde, bem como à de sua prole. Em termos de comparação com a CLT, após a alteração da Lei 13.287 de 2016, “passou-se da restrição severa para a liberação total do trabalho da gestante em ambiente insalubre, o que gerou pesadas críticas contra o aqodamento do governo federal” (SILVA, 2017, p. 63). Mas o artigo, em compensação, abre espaço para que a mulher desfrute de um afastamento remunerado por um período talvez até maior do que era previsto na redação pregressa à reforma.

Comentamos que a CLT não previa o adicional depois que a mulher gestante ou lactante fosse afastada de operações ou locais insalubres, o que acarretaria para a mulher um decréscimo em sua remuneração. Mas ela também não previa nada em caso de não ter como essa mulher exercer atividade em local salubre. Para dar uma resposta a essa lacuna, a LRT sanciona: “Quando não for possível que a gestante ou a lactante afastada [...] exerça suas atividades em local salubre na empresa, a hipótese será considerada como gravidez

de risco e ensinará a percepção de salário-maternidade [...] durante todo o período de afastamento” (art. 394-A, §3º).

É incongruente falar em “gravidez de risco” quando se tratar do afastamento de uma lactante, a não ser que essa mulher também esteja grávida. Ademais, como adverte Sousa Júnior et al. (2017, p. 160), o texto não explicita, por via prática, como se daria esse afastamento total da trabalhadora, e quem seria a autoridade – se o empregador, se o médico de confiança, se o perito da previdência etc. – que determinaria o afastamento mediante efetiva constatação de que não há local salubre na empresa.

Os autores acham que, por implicar “**direto encargo financeiro ao Estado**, por meio do **auxílio-maternidade**, [...] essa circunstância deverá ser reconhecida pela **autoridade previdenciária competente**” (SOUSA JÚNIOR et al., 2017, p. 161). Mas se considerarmos, como abaixo inferimos, que a lei dá um valioso voto de confiança ao empregador idôneo que disponibiliza um local de trabalho seguro e mantém seus empregados adequadamente informados sobre o tipo e os níveis dos fatores de insalubridade com os quais lidam, é óbvio que bastará a declaração do médico de confiança para que a mulher seja assistida pelo Estado, não mais do que isso.

Uma empresa que rompa com essa credibilidade estaria, a nosso ver, sujeita às mais severas punições do juízo, tal é gravidade irreversível das consequências que podem acontecer para a mulher e seu filho. Nesse aspecto, os empregadores se deparam também com “uma responsabilidade civil e até mesmo penal, ante a comprovação de prejuízo ocasionado à saúde da gestante ou da criança” (COLLANERI, 2018).

Sublinhamos a lei *ipsis litteris*. Se a empresa não conseguir alojar sua funcionária em um posto de trabalho salubre, a mulher deve ser afastada durante todo o período de sua gestação, e mesmo durante todo o tempo de aleitamento, acrescente-se, seja ele exclusivo ou não.

Ora, uma gestação pode não durar mais do que 40 semanas, mas a amamentação pode chegar a dois anos, não sendo extraordinário que dure até mais. Na forma da lei, o Estado terá de amparar a mulher com a mesma intrepidez com que o patrão deva reconhecer e informar a impossibilidade de remanejar sua funcionária gestante/lactante para um posto livre de agentes insalubres, crê-se⁸. Dispõe o Poder Executivo de um atendimento diligente ao receber e analisar os pedidos de afastamento e prorrogação solicitados por trabalhadoras de locais insalubres?⁹

A lei, abrindo a possibilidade de uma mulher grávida/lactante trabalhar em local

8 Depreende-se que o art. 394-A da CLT, com redação da Lei 13.287/2016, tendo seu *caput* sido superado pela Lei 13.467/2017, foi no entanto mantida naquilo que garante à empregada gestante ou lactante a sua remuneração integral “durante todo o período de afastamento” (art. 394-A, §3º). Era isso o que exatamente estava assegurado no Parágrafo único da Lei 13.287/2016, vetado porém na seguinte mensagem: “Ainda que meritório, o dispositivo apresenta ambiguidade que poderia ter efeito contrário ao pretendido, prejudicial à trabalhadora, na medida em que o tempo da lactação pode se estender além do período de estabilidade no emprego após o parto, e o custo adicional para o empregador poderia levá-lo à decisão de desligar a trabalhadora após a estabilidade, resultando em interpretação que redunde em eventual supressão de direitos”.

9 A pergunta pede por uma verificação *in loco*, mesmo para que se confira a previsão de Silva (2017, p. 65): “Não será surpresa se uma gestante a comparecer no balcão do INSS [...] e ver negado seu direito à licença-maternidade de 9 meses. Mais remota ainda é a chance de uma lactante conseguir o prolongamento da licença-maternidade por seis meses”.

insalubre, não faz qualquer restrição ao tempo de afastamento para o aleitamento. Por conseguinte, é sensato que, em se tratando de um direito fundamental, constitucional e internacional, não se faça uma interpretação restritiva para aquilo que não se impôs restrição.

b) O atestado de saúde e a permissão para trabalhar em local insalubre.

O atestado de saúde, bem como sua emissão por um médico que seja “da confiança da mulher” – seja “o responsável pelo acompanhamento do pré-natal, da rede pública ou particular, ou da própria empresa” (SILVA, 2017, p. 64) –, não necessariamente por um profissional indicado pelo empregador, envolve alguns desdobramentos a serem discutidos. Nas palavras de Souza Júnior et al. (2017, p. 156), “é que mesmo um médico de confiança dificilmente terá plenas condições de avaliar o concreto nível de risco engendrado no contexto de determinada atividade laboral insalubre”.

O comentador concebe que tal avaliação não deve ser unidimensional, mas dispor de dois eixos: um, sobre as “condições gerais da trabalhadora gestante ou lactante” (SOUZA JÚNIOR et al., 2017, p. 157); outro, envolvendo

[...] uma apreciação verdadeiramente contextual, ou melhor *ambiental* da situação, incluindo, pois, nesse raio de inferência científica, as condições de trabalho, a própria organização do trabalho e mesmo a qualidade das relações interpessoais travadas no contexto empregatício da trabalhadora, todos os fatores labor-ambientais de risco a influenciar a segurança e a saúde (física e mental) do ser humano que trabalha. (SOUZA JÚNIOR et al.,

2017, p. 156)

Não é difícil enxergar as razões para esse critério duplo, embora – advirta-se –, não seja ele expressão literal da lei, e sim efeito de uma análise interpretativa.

Imaginemos a hipótese de que uma mulher gestante vá ao médico, pagando por uma consulta particular, em função de alguns sintomas de mal-estar físico. Após examiná-la, o ginecologista lhe receita, com emissão de atestado médico, alguns dias de repouso. A gestante então se afastará do trabalho por esse tempo, mas não há na prescrição qualquer estimativa quanto a uma possível causa ambiental do mal-estar diagnosticado na consulta feita com um “médico de confiança”.

Ainda que se paute num parecer médico, tal exame estaria longe de sustentar uma decisão técnica capaz de abarcar uma incisiva consideração dos fatores labor-ambientais que agridem a saúde humana. Um atestado proveniente de uma consulta clínica não comporta qualquer análise de riscos existentes no meio ambiente laboral. A mulher tende primeiro a adoecer para depois ser afastada, ao invés de ser afastada para evitar o adoecimento.

Uma objeção em favor do novo texto seria a de que já há normas suficientes que regulamentam o dever fundamental do empregador de manter o equilíbrio do ambiente de trabalho¹⁰. É direito fundamental dos trabalhadores que sua vulnerabilidade a riscos seja reduzida ou minimizada por meio de normas de saúde, higiene e segurança. Por inferência, configuraria dever patronal

10 São alguns exemplos: CF/88, arts. 7º, XXII, 200, VIII, e 225, *caput*, §1º, V, e §3º; Lei 6.938/1981, art. 3º, III, *a* e *a*, e IV.

identificar e aferir tais riscos.

Fica subentendido que a LRT parte do princípio de que o empregador respeita e zela profundamente pela saúde de seus funcionários; e se algum deles, mulher, vir a engravidar-se, esta estará adequadamente informada quanto ao nível de insalubridade de seu posto de trabalho; ela inclusive já estaria orientada a procurar um médico que lhe acompanhe e lhe assista em caso de algum problema vir a ocorrer.

Não pensamos como Sousa Júnior et al. (2017, p. 155) que houve uma lamentável, insana e insólita inversão de papeis, com a lei incumbindo praticamente a trabalhadora o ônus da avaliação técnica do quadro polutivo do ambiente trabalhista. Em certo ângulo, bastaria à mulher gestante/lactante um parecer aparentemente bem mais simples para vir a se afastar de local insalubre. Basta um atestado proveniente de clínica médica, sem maiores pretensões, para afastar temporariamente a gestante/lactante de operações, de atividades e de locais insalubres.

Concordamos com o comentador em dizer que “fica estabelecido abusivo cenário de **presunção de inocuidade labor-ambiental**” (SOUSA JÚNIOR et al., 2017, p. 155). Não teve o legislador conhecimento dos inumeráveis processos trabalhistas que envolvem o direito de adicional de insalubridade que foi negligenciado pelos patrões? Não são bastantes as ACP’s que mostram tantos danos ambientais e laborais causados por empresas que não respeitaram qualquer forma de segurança do trabalho?¹¹

Em vista desses questionamentos pragmáticos, acenamos positivamente para as

11 Vide Processos: nº 0000268-13.2012.5.15.0092; nº 0001054-03.2013.5.09.0088; nº 0022200-28.2007.5.15.0126.

palavras de Souto Maior e Souto Severo (2017):

[...] se o propósito era proteger a saúde das trabalhadoras e do nascituro, o que se deveria fazer era criar norma objetivando a eliminação da submissão a atividades insalubres. No entanto, bem ao contrário, o que a reforma fez foi propor a possibilidade de exposição da gestante e do seu filho à situação de dano efetivo à saúde. (SOUTO MAIOR; SOUTO SEVERO, 2017)

Naquilo que diz respeito à saúde, seria mais sensato neutralizar todo e qualquer risco em sua raiz, tal como se presumia da redação precedente do *caput* do Artigo 394-A. Isso comporta indagar se o propósito da LRT consiste realmente em proteger a saúde da trabalhadora e do embrião/feto/nascituro, abertas as possibilidades de que algum fator de insalubridade venha a causar danos à saúde deles.

É importante sublinhar que a LRT se refere a três níveis de insalubridade: o de grau máximo, médio e mínimo. Assim como são três os graus, vários são os tipos de agentes insalubres.¹²

Se nos perguntamos sobre tamanha

12 Eles foram fixados pela Norma Regulamentadora 15, do extinto Ministério do Trabalho e Emprego, na Portaria 3.214/1978. Essa norma possui 14 anexos que regulam o art. 189 da CLT, pela qual se conceitua “não apenas a natureza do agente nocivo, [...] mas também a intensidade deste agente e o tempo de exposição a que os empregados estiverem expostos” (COLLANERI, 2018). Além disso, a CLT também prevê no art. 192 três graus de insalubridade – máximo, médio e mínimo –, assegurando direito a respectivos adicionais de 40, 20 e 10 por cento sobre o salário mínimo. Frisamos, com Homero Batista M. da Silva (2017, p. 64), que a LRT, de 2017, não fez nenhum esforço para atualizar os limites de tolerância vistoriados em 1978; “várias profissões alcançariam ao patamar do grau máximo”. Agradecemos ao engenheiro e perito judicial Diego Santos Silva pelos esclarecimentos que nos prestou nessa matéria.

maleabilidade permitida pela lei, uma justificativa seria a de “diminuir a discriminação em algumas profissões, como aquelas exercidas em hospitais, [...] onde a maioria das atividades são consideradas insalubres, o que supostamente estaria provocando um desestímulo à contratação de mulheres em setores como a enfermagem [...]” (COLLANERI, 2018). A permissão de trabalho em ambientes insalubres visaria uma “diminuição na desigualdade de gênero dentro do mercado de trabalho” (COLLANERI, 2018).

A discriminação de gênero é um dado levantado pela OIT, como mostramos acima. De certo, não se deverá apenas a essa medida o efeito de abrandar com essa discrepância. Pelo contrário, discute-se se a LRT não a aguçou. Se virem a adoecer por causa da exposição, grávidas e lactantes necessitarão de períodos cada vez mais prolongados de afastamento, quadro em que a tendência das empresas seria diminuir, não aumentar, a contratação de mulheres (COLLANERI, 2018).

A pressa na aprovação dificilmente favoreceria que a reforma tateasse a realidade empírica e numérica das trabalhadoras. Segundo o levantamento preliminar de Silva (2017, p. 63-64), são reduzidas as hipóteses de grau máximo (contatos com alguns agentes químicos e biológicos em centros cirúrgicos, necrotérios e bueiros, radiação cancerígena e altas pressões) e mínimo (alguns elementos químicos de menor agressividade) de insalubridade, concentrando-se em sua maioria no nível médio, a exemplo de ruídos, vibrações, temperatura, umidade, radiações não ionizantes e boa parte de agentes químicos e biológicos. “Talvez o caso mais preocupante seja o das gestantes empregadas em centros cirúrgicos, terapias intensivas e salas

de radiografia – profissões com boa aceitação da mão de obra feminina” (SILVA, 2017, p. 63).

Isso significa que a LRT, ao invés de promover e tornar atrativa a contratação de mulheres em novos campos profissionais, fez com que mulheres, que já atuam em áreas com expressivo contingente feminino, ficassem suscetíveis de contaminação e adoecimento.

Conforme o art. 394-A, III, é agora facultado à mulher lactante trabalhar em local insalubre de qualquer grau. Haveria algum tipo de vibração, ruído ou umidade que, mesmo em grau mínimo, não interfere na produção fisiológica do leite materno?

De acordo com o art. 394-A, II, a mulher gestante agora está livre para atuar em local insalubre de grau médio ou mínimo. Amontoam-se estudos científicos que garantem, por exemplo, que se uma gestante absorver uma determinada quantidade mínima de uma substância “x”, isso não afetará a formação do feto?

Lançamos algumas perguntas a título de problematizar algo que parece-nos não ter sido suficientemente sondado pelo legislador.

5 CONCLUSÃO

A Lei da Reforma Trabalhista representou um momento significativo, do ponto de vista histórico. A matéria controversa em torno da exposição a agentes insalubres, tema que rendeu sucessivos vetos e revisões de textos legislativos, levanta uma questão que poderia ser mais bem ventilada caso a LRT fosse mais ousada a ponto de ampliar o período de licença-maternidade para 180 dias, ou firmasse uma lei que estivesse mais consonante com as recomendações médicas sobre a amamentação

e a introdução alimentar das crianças.

É repulsivo que o Brasil não tenha conseguido introduzir na seara dos direitos trabalhistas um consenso que atravessa o campo da saúde, tanto em entidades internacionais como no âmbito dos órgãos governamentais competentes. Urge que esse lapso seja remediado.

A oportunidade mostrou que não se devem minimizar os pontos de convergência e afinidade entre a Lei 13.467/2017 e as Convenções da OIT, em especial a Convenção 103. Mas numa ocasião comemorativa, como esta em que se celebra o primeiro centenário da OIT, fazemos notar como são necessárias leis mais arrojadas para a promoção da saúde da mulher trabalhadora, onde se inclui medidas eficientes de proteção à maternidade. Não se exclua até mesmo uma revisão da Convenção 103, para se adequar as recomendações da OMS.

É nítido que a Reforma Trabalhista precisa ser revista no aspecto que permite à empregada gestante e lactante trabalhar em locais insalubres, salvo prescrição médica em contrário. Mas enquanto perdura essa determinação, ensaiamos um entendimento que busca decantar o que há de mais vantajoso na situação vigente. Há direções a serem exploradas, mesmo no convívio com elementos infaustos.

REFERÊNCIAS

ANAMATRA. Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. *Reforma Trabalhista: enunciados aprovados*. Brasília, 2018.

BIONDI, Luigi. A greve geral de 1917 em São Paulo e a imigração italiana: novas perspectivas. *Cadernos AEL*, Campinas, v. 15, n. 27, jul./dez. 2009, p. 259-310.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

_____. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de Maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.

_____. Decreto nº 6.690, de 11 de Dezembro de 2008. Institui o Programa de Prorrogação da Licença à Gestante e à Adotante.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente.

_____. Lei nº 8.112, de 11 de Dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

_____. Lei nº 11.770, de 09 de Setembro de 2008. Cria o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal.

_____. Lei 13.287, de 11 de Maio de 2016. Acrescenta dispositivo à Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, para proibir o trabalho da gestante ou lactante em atividades, operações ou locais insalubres.

_____. Lei nº 13.467, de 13 de Julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)

a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho.

_____. Ministério da Saúde. *Amamentação é a Base da Vida*. Brasília, 2018.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. *Saúde da criança: nutrição infantil - aleitamento materno e alimentação complementar*. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2009. (Série A. Normas e Manuais Técnicos) (Cadernos de Atenção Básica, n. 23).

CALIL, Léa Elisa Silingowschi. *Direito do trabalho da mulher: a questão da igualdade jurídica ante a desigualdade fática*. São Paulo: LTr, 2007.

CASSAR, Vólia Bomfim. *CLT comparada e atualizada com a reforma trabalhista*. 3. ed. São Paulo: Método; Rio de Janeiro: Forense, 2018.

COLLANERI, Carla Lourenço Tavares. A gestante em atividades insalubres: proteção ou discriminação? Uma visão acerca da legislação após as recentes alterações trazidas pela reforma trabalhista. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, n. 175, ago. 2018.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Garantia de emprego da gestante: o item III da súmula 244 do TST. *CT Consultoria Trabalhista*, ano XLVII, n. 5, p. 39-43, 3 fev. 2013, semanal [Doutrina].

HUSEK, Carlos Roberto. *Curso básico de direito internacional público e privado do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2011.

MAGALHÃES, Luana Elainy Rocha. O trabalho

da mulher à luz da OIT. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, n. 124, maio 2014.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. *Convenções*.

_____. *Mulheres no trabalho: tendências 2016*. Genebra, Suíça, 2016.

PRONI, Thaíssa Rocha. *Proteção Constitucional à Maternidade no Brasil: um caso de expansão da garantia legal*. São Paulo: LTr, 2013.

SILVA, Homero Batista da. *Comentários à Reforma Trabalhista*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SOUTO SEVERO, Valdete. O acesso à justiça sob a mira da reforma trabalhista – ou como garantir o acesso à justiça diante da reforma trabalhista. *História Contemporânea do Trabalho no Brasil*, 25 jul. 2017 [blog].

SOUZA JÚNIOR, Antônio Umberto et al. *Reforma Trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/2017*. São Paulo: Rideel, 2017.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998.

_____. *Direito Internacional do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

WHO. World Health Organization. *Guideline: Protecting, promoting and supporting breastfeeding in facilities providing maternity and newborn services*. Genebra, Suíça, 2017.