



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO
PÓS-GRADUAÇÃO DIREITO E PROCESSO DO TRABALHO**

FERNANDA SENA DAS VIRGENS

**OS IMPACTOS DA REFORMA TRABALHISTA NA VIDA DAS GESTANTES E
LACTANTES**

**SALVADOR
2018**

FERNANDA SENA DAS VIRGENS

**OS IMPACTOS DA REFORMA TRABALHISTA NA VIDA DAS GESTANTES E
LACTANTES**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação Lato Sensu, Especialização em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho, como parte dos requisitos para a obtenção do título de Especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela Faculdade Baiana de Direito.

**SALVADOR
2018**

Sena das Virgens, Fernanda, 08/10/1993.
Os Impactos da Reforma Trabalhista na vida da gestante e lactante/
Fernanda Sena das Virgens – 2018.

Trabalho de conclusão de curso (pós-graduação) – Faculdade
Baiana de Direito, Curso de Especialização em Direito do Trabalho e
Processual do Trabalho, 2018.

1. Gestante e Lactante. 2. Reforma Trabalhista. 3. Direito Comparado.
I. Faculdade Baiana de Direito. Curso de Especialização em Direito do
Trabalho e Processual do Trabalho. III. Os impactos da Reforma Traba-
lhista na vida da gestante e lactante.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a meu pai, Ailton da Silva, por ter me dado essa oportunidade de estudo e formação e por ter me auxiliado e me orientado na conclusão deste trabalho.

Sou grata também a minha mãe, Odália de Almeida Sena, por todo apoio neste período de formação. E o meu noivo, Júnior, que além de me apoiar me ajudou muito para a conclusão deste trabalho.

E também a ajuda da minha amiga, Jamile, pelo auxílio e orientação sobre o tema e grande entendimento do assunto.

DEDICATÓRIA

Dedico esta monografia a meus familiares, aos colegas de curso, aos professores e a todos aqueles que direta ou indiretamente contribuíram para esta conquista.

OS IMPACTOS DA REFORMA TRABALHISTA NA VIDA DAS GESTANTES E LACTANTES

Fernanda Sena das Virgens¹

RESUMO

A reforma trabalhista trouxe algumas mudanças em relação às Gestantes e Lactantes que estão inseridas no mercado de trabalho. O presente estudo visa analisar os novos moldes legislativos em torno do tema em questão, quanto a sua implantação, abrangência, efetividade, vantagens e desvantagens, assim como coletar índices atualizados sobre trabalhadoras contratadas e que estão em período de gravidez ou lactação. Trazendo à tona, pontos sobre a nova Reforma Trabalhista, que aduz em seu escopo, novo meio de regulamentação para as Gestantes e Lactantes. Tendo como Objetivos Específicos da Pesquisa, a análise desta prática de trabalho e seus pressupostos na relação de trabalho, assim como verificar as submissões destas empregadas, a insalubridade e a forma de sua efetivação na praxe, observando as consequências positivas e negativas da Reforma na vida da Gestante e Lactante. No intuito de alcançar tais objetivos, o Tipo de pesquisa utilizado, será o Método Indutivo. Cujas técnicas de análise, terá como base, pesquisas bibliográficas, somados ao estudo dos posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários nacional, bem como da legislação, buscando compreender as abrangências do tema, frente às transformações decorrentes da legislação.

Palavras-chave: Gestante. Lactante. Impactos. Reforma Trabalhista.

¹ Graduada em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL).

ABSTRACT

Labor reform brought some changes in relation to pregnant and nursing that are on labor nowadays. This study seeks to analyze the new legislative borderlines around the theme in question, about its implementation, coverage and effectiveness, advantages and disadvantages, such as collect actualized indexes about female workers, that are on pregnant or nursing phases. Clarifying the actualizations about the labor reform that puts a new look onto the regulations about these people on labor. Having as specific objective, the analyses this practice and its assumption in labor relation, such as to verify the female workers labor submissions, the insalubrities and the form of its effectuation of praxis, looking the positive consequences and the negative ones on the reform of the life of the pregnant and nursing workers. Seeking to achieve the objectives, this research will use the Inductive Method. The technical analysis will be based on bibliographical, added by the position of Brazilian's jurisprudential and doctrine writers, such as the legislation, comprehending the coverage of the theme, in front of the mutations on national legislation.

Key Words: Pregnant. Nursing. Impacts. Labor Reform.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 MULHER E MATERNIDADE: EVOLUÇÃO HISTÓRICA	11
1.1 Proteção do trabalho da mulher.....	14
1.2 Conceito de gestante e lactante.....	19
2 POSSIBILIDADE DE TRABALHO DE GESTANTES E LACTANTES EM AMBIENTE INSALUBRE	24
3 AVISO DA GESTAÇÃO EM CASO DE DEMISSÃO	34
3.1 Como era antes da Reforma Trabalhista.....	38
3.2 Como ficou depois da Reforma Trabalhista.....	40
4 LACTANTES: INTERVALO PARA AMAMENTAÇÃO	43
5 LICENÇA MATERNIDADE	50
5.1 Empresa Cidadã.....	55
5.2 Licença maternidade no âmbito da Consolidação das Leis do Trabalho....	57
6 REFORMA TRABALHISTA	59
6.1 Multa sobre diferença salarial.....	60
6.2 Teletrabalho.....	61
6.3 Jurisprudências.....	63
CONSIDERAÇÕES FINAIS	67
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	70

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa tem por objetivo abordar os impactos e as mudanças realizadas pela Reforma Trabalhista acerca da temática em questão, de modo a vislumbrar, os pontos positivos e negativos da legislação. Especificamente na vida da gestante e da lactante.

Tratar-se-á sobre o conceito de Gestante e Lactante, assim como, a parte histórica, modalidades de emprego e os tipos de contrato de trabalho que causam risco a vida da Gestante e Lactante, e também, comentários sobre a Lei 13.467/17. Assim como se fará menção sobre as empresas brasileiras do setor público e privado que utilizam a força de trabalho feminina.

Esta pesquisa procurará contextualizar os impactos da Reforma Trabalhista na vida dessas mulheres na formação da sua família. As mulheres foram ganhando espaço no mercado de trabalho no decorrer da história. Mesmo com toda a contribuição dada pelas mulheres, para o crescimento e o desenvolvimento da sociedade, permanecem sendo pouco valorizadas na história, e continuam lutando por seus direitos e principalmente nas relações de trabalho.

Com a expansão da mulher no mercado de trabalho, as mulheres conseguiram ter direito a ter salários iguais aos dos homens, a poder assumir cargos de chefia como tantos outros direitos adquiridos com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Inclusive, assegurando à maternidade, quando estabelece em seu art 6º, no capítulo dos Direitos Sociais, o exercício da função biológica de reproduzir e ainda no rol dos direitos fundamentais, encontra-se destacado, o direito a saúde que deve se estender por óbvio a gestante, no intuito de assegurar ao nascituro o Direito a Saúde.

A luz desse contexto há uma grande crítica dos estudiosos quanto a Lei 13.287, de 11 de maio de 2016, que acrescentou à Consolidação das Leis do Trabalho o art. 394-A e a possibilidade de permanência de mulheres lactantes e gestantes em ambientes de trabalho insalubre, principalmente no que diz respeito à gestante que laborar em locais insalubres com graus médios e mínimos, vez que aqui estaria sendo posto em risco não só a vida dessa mulher, mas, também, do nascituro, que possui seus direitos resguardados pela Constituição Federal de 1988.

Além disso, esse assunto tem sido alvo de críticas de alguns estudiosos, tendo em vista que isso seria um “retrocesso social”, pois o artigo supramencionado também não considerou a possível transferência da empregada lactante para local

saudável quando a empresa não dispuser desse local atendendo a essas condições. Ou seja, mesmo que se conceda a empregada gestante licença remunerada para manter a saúde do bebê e da criança, quando esta estiver lactante, não tem previsão legal sobre esse tipo de licença, mesmo sendo recomendação do Ministério da Saúde que o leite materno seja a alimentação exclusiva nos 6 primeiros meses de vida e direito da criança a amamentação.

Para Evitar a discriminação da mulher no Mercado de trabalho, principalmente pelo exercício da sua característica natural de gerar filhos, a convenção nº3 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), dispõe a respeito das empregadas que precisarem ser afastadas das empresas, por desenvolverem atividade insalubre, sendo um ambiente prejudicial para a gestante e para o nascituro, que o custo desse afastamento, cabe à Previdência Social.

Apesar disso, o art. 195, §5º da CF/88 diz que nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total. O que deixa margem a interpretação de que não é garantida a gestante que trabalha em local insalubre o benefício da previdência social em caso de afastamento, a não ser que esteja encarando algum tipo de gravidez de risco, e envolva alguma doença que a impeça de trabalhar, ensejando nesse caso, o pagamento de auxílio-doença pela Previdência, mas não benefício propriamente dito relacionado à insalubridade em seu ambiente de trabalho.

Por isso, a Lei 13.287, de 11 de maio de 2016, acrescentou ao artigo 394-A da CLT, novo texto, referente ao pagamento de salário-maternidade quando não for possível que a empregada gestante continue a exercer suas atividades laborais normalmente, tendo em vista o grau de insalubridade presente no seu local de trabalho, sendo necessário o imediato afastamento desta Gestante. Porém os requisitos estabelecidos na Lei Previdenciária, não se encontram preenchidos no caso do artigo 394-A da CLT.

Esse é com certeza um assunto para grandes discussões, mas, vale sempre ressaltar, que cabe a TODOS a aplicação das Leis Trabalhistas com boa-fé e "bons olhos", de forma que não sejam sobreponderados egoisticamente os interesses das partes e a equidade prospere para um resultado mais "humanizado" da relação entre empregado e empregador, pois só assim as garantias entre as partes serão plenamente alcançadas.

Este trabalho mostra expressamente as diferenças, assim como as vantagens e desvantagens que a Reforma Trabalhista trouxe na vida das gestantes e lactantes, do

nascituro e do recém-nascido, e o que isso vai influenciar nas jurisprudências futuras para que se possa entender melhor, essa nova forma de olhar o direito do trabalho assim como seus direitos e deveres.

Tendo em vista que a Reforma Trabalhista tem como um dos principais fundamentos a igualdade de trabalho entre o homem e a mulher, o que esta acontecendo na prática, é justamente o contrário. Pois, situações como: ocupar poucos cargos de comando, ter salários inferiores aos dos homens e altos índices de taxas de desemprego já ocorriam antes da reforma. Após a alteração, a legislação, torna a mulher mais frágil e submissa, coloca a grávida e a lactante totalmente a mercê do empregador, onde o que se ressalta é o acordo realizado entre as partes e a saúde do nascituro só se presta atenção se comprovada através de um atestado médico apresentado pela gestante.

Que por seu turno, precariza o trabalho da mulher como um todo, dando margem à expansão sem limites da terceirização, o que sobre o fundamento do princípio da igualdade, da não discriminação, o que realmente ocorre é um retrocesso social. Visto que, as condições de trabalho que as mulheres historicamente, através de lutas sempre combateram, hoje, passam a vigorar como lei, incorporado condições de trabalho, onde o empregador se sobrepõe inclusive a mandamentos constitucionais, como por exemplo, a proteção da maternidade previsto no art. 6º, CF/88.

1 MULHER E MATERNIDADE: EVOLUÇÃO HISTÓRICA:

O início do século XX foi marcado por muitas mudanças sociais e econômicas no Brasil: escravos libertos, entrada de imigrantes e a industrialização, começaram dar os primeiros passos. Com a presença de empresas e indústrias nos centros urbanos existiam jornadas de trabalhos de até 16 horas diárias, como exploração da força de trabalho, inclusive de mulheres e crianças.

Com a primeira Guerra Mundial, desemprego, baixos salários e muitas manifestações, sem policiamento, as cidades eram tomadas pelas greves dos trabalhadores. Porém, apesar das pressões e das greves, o que os trabalhadores conseguiam era muito pouco, tendo em vista que o Estado ainda não estava intervindo.

Em 1943, Getúlio Vargas criou um conjunto de Leis que mudaria a realidade dos trabalhadores brasileiros. Para elaborar a Consolidação das Leis Trabalhistas, a CLT, Getúlio, criou uma comissão, formada por técnicos e juristas do Ministério do Trabalho e a partir daí foram instituídos Direitos Trabalhistas, como a Carteira de Trabalho, registro profissional, jornada semanal de 48h e férias remuneradas.

No Governo de Juscelino Kubitschek, a construção de Brasília e oportunidades de empregos, com as péssimas condições de vida, somados ao êxodo rural, a partir de 1963 começaram a ser incluída na legislação trabalhista, proteção para o trabalhador rural.

Outro grande marco da Década de 60 foi à inclusão do 13^a salário e o salário família. Nesta época também foi criado o FGTS e ainda a estabilidade decenária. Era a estabilidade para trabalhadores que trabalhavam mais de 10 anos em uma mesma empresa, ainda que esta empresa fosse privada.

Por causa das ações políticas do regime militar, o Estado tornou-se praticamente legislador do trabalho e promulgou, leis de políticas salariais que visavam controle da inflação, 1/3 de férias, participação nos lucros, licença-maternidade e a grande evolução das leis do trabalho veio com a constituição de 1988.

Tratando-se ainda de uma sociedade patriarcal, onde a força física e o machismo refletiam diretamente no âmbito da família, ao pensar no mercado de trabalho, não era diferente. Nas relações de produção e no decorrer histórico, a mulher sempre esteve em uma situação de hipossuficiência.

Sobre a mulher pairava o mito da inferioridade intelectual. Era criada e educada para o casamento, afazeres domésticos, procriação e a dedicação aos filhos e ao lar.

Por longo período, à mulher não era permitida estudar ou exercer uma profissão, de modo que ela vivia em total dependência econômica, uma vez que o homem era o único provedor da família, pelo menos nas classes mais abastadas (CALIL, 2000, p. 18).

Foi longo, o caminho de lutas para que se chegasse a um estágio melhor, mas que já representa um marco importante de avanço. Afinal sobre a égide do código civil 1916, a mulher ao se casar, perdia a capacidade plena, tornava-se relativamente incapaz e essa situação perdurou até 1962, quando foi criado o Estatuto da mulher casada, um marco na evolução dos direitos das mulheres. Antes ela precisava da autorização do seu marido até para celebrar contratos de trabalho, com isso, a mulher deixou de depender do marido para oferecer também queixa-crime. (artigo 6º, II) (BRASIL, 1916).

Os avanços continuaram e a aprovação da lei de divórcio em 1977 foi outro avanço histórico. Tendo em vista que as desquitadas ou separadas não eram bem vistas na sociedade, e que o casamento era visto como indissolúvel. Porém, mesmo com a lei, a mais penalizada com essa situação permanecia sendo a mulher.

Apesar de toda discriminação sofrida ao longo dos séculos, as mulheres do mundo inteiro continuaram e ainda continuam lutando pela igualdade de direitos com os homens, obtendo conquistas graduais e progressivas. No Brasil, uma delas ocorreu em 1932, quando o movimento feminino garantiu o direito ao voto (LENZA, 2013, p. 112).

Outro progresso foi à revolução sexual, tendo em vista que há um pouco mais de 50 anos atrás era difícil para a mulher separar a sexualidade da maternidade e evitar a gravidez era praticamente sinônimo de abstinência sexual. Escolher o momento certo para a gravidez e o número de filhos, era decisões quase impossíveis para as mulheres. Foi quando em 1960, os Estados Unidos aprovou um comprimido, chamado de pílula anticoncepcional, que só chegou ao Brasil em 1962.

Os aperfeiçoamentos dos métodos anticoncepcionais serviram como fator determinante para a emancipação feminina, porquanto, nas palavras de Simone de Beauvoir, até então, “[...] para muitas mulheres, a vida era “[...] uma série ininterrupta de partos [...]” (BEAUVOIR, 1980, p. 153).

A pílula tornou possível a emancipação sexual da mulher, pois esta poderia optar em ter relações sexuais apenas por prazer e escolher quando se tornar efetivamente mãe. Com isso, surgiu um leque de possibilidades que antes não teria

como ser possíveis. Estudar, trabalhar e com ela a formação da independência financeira e expansão intelectual.

Quando surgiu a Constituição de 1988 proclamando a igualdade de direitos do homem e da mulher, fundamentada na dignidade da pessoa humana, observou-se avanços mais palpáveis para que a mulher alcançasse maior dignidade na sociedade e até mesmo nas uniões. Antes da CF/88, eram chamadas apenas de união de fato (concubinato), e passaram a ter novo tratamento legal. A mulher pode desfrutar de uma situação mais equânime, com partilha de patrimônio, dissolução dessas uniões sem que precisasse comprovar o trabalho, para aferição do patrimônio comum, passando a ser dividido em razão da união.

O último relatório elaborado pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), denominado Mulheres no Trabalho – tendência 2016 revela, in verbis:

A desigualdade entre homens e mulheres persiste nos mercados de trabalho globais, em relação às oportunidades, ao tratamento e aos resultados. Nas últimas duas décadas, os significativos progressos alcançados pelas mulheres na educação não se traduziram numa melhoria comparativa na sua situação no trabalho. Em muitas regiões do mundo, as mulheres, comparativamente aos homens, têm mais probabilidades de permanecerem ou virem a ficar desempregadas, têm menos oportunidades de participar no mercado de trabalho e – quando o conseguem – muitas vezes têm de aceitar empregos de qualidade inferior. Os progressos para ultrapassar estes obstáculos têm sido lentos e limitados em algumas regiões do mundo. (BRASIL, ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2016).

Com o Código Civil de 2002, os avanços se tornam mais permanentes, sempre sobre a égide da Constituição Federal. O homem começa a perder a posição de chefe da família, sendo que os membros da relação afetiva são vistos como colaboradores, inclusive com a distribuição equitativa dos encargos. Passando assim, a ampliar ainda mais a visão de isonomia entre o homem e a mulher.

Com as mudanças sociais, na Justiça do Trabalho, inclusão e alterações de súmulas na CLT, alterações essas, que não pararam por aí. Tendo em vista, que com a Reforma Trabalhista, Lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017, incluiu novas regras tanto para o empregado quanto para o empregador brasileiro, a Lei da Reforma Trabalhista aprovada em 2017 alterou um pouco mais de 200 dispositivos da CLT e das Leis do FGTS e de custeio da Previdência Social. A novidade mexeu com todo o sistema trabalhista tradicional, incluindo os termos da proteção à maternidade.

Apesar dos avanços, o Brasil está longe de ter o respaldo legal necessário para a efetiva redução da desigualdade de gêneros no mercado de trabalho. Por mais que a

Reforma tenha trazido enormes mudanças no que tange ao trabalho das mulheres, ainda se mostra latente o abismo existente entre homens e mulheres.

A redação da lei 13.467/17, anterior à medida provisória 808/17 conferia ainda a possibilidade de gestantes e lactantes trabalharem em locais insalubres, independentemente do grau de insalubridade, sob a justificativa de aumento de postos de trabalho formais para as mulheres. Razão pela qual a lei foi alterada a fim de que o trabalho somente fosse permitido em locais com insalubridade em grau médio e mínimo, desde que a mulher voluntariamente apresente atestado médico que autorize o labor.

Mudança que esbarra fortemente no direito à vida e à saúde da gestante/lactante e do nascituro/recém-nascido, tendo em vista que as relações de trabalho não são relações contratuais comuns, onde se discutem as cláusulas e ainda mais quando se trata de gestante ou lactante, quando o emprego não se trata de apenas uma vida, mas sim de uma família, discussões estas, que demonstram a controvérsia que a proteção ao trabalho não pode sobrepor à proteção à vida.

1.1 Proteção do trabalho da mulher

O trabalho das mulheres foi utilizado em larga escala, sobretudo após a revolução industrial, visto que o salário pago às mulheres, chegavam a ser menos da metade dos salários que eram pagos aos homens. Desta forma, as mulheres passaram a ser incluídas no mercado de trabalho, pois para o empregador era mais “vantajoso” contratar mulheres.

Sendo que “a mulher, antes considerada mais fraca para o trabalho braçal, poderia contar com instrumentos que fariam a produção depender menos da força física.” (SOUTO MAIOR, 2008, p. 354).

Além do mais, as mulheres eram submetidas a mais de 16 horas de trabalho diárias em péssimas condições de higiene, além de acumular funções de cuidar do lar e dos filhos. Além disso, as trabalhadoras estavam sujeitas ao assédio sexual, exploração e, a violência dos empregadores e seus capatazes.

“Quando grávidas, as operárias trabalhavam até a última semana de gestação, retornando à fábrica três semanas ou menos após o parto, pois temiam perder o emprego.” (GAMBA; MONTAL, 2013, p. 68).

Amauri Mascaro do Nascimento esclarece:

[...] o Estado, não intervindo nas relações jurídicas de trabalho, permitia, com a sua omissão, toda sorte de explorações. Nenhuma limitação da jornada de trabalho, idênticas exigências dos empregadores quanto às mulheres e homens, indistintamente, insensibilidade diante da maternidade e dos problemas que pode acarretar à mulher, quer quanto às condições pessoais, quer quanto às responsabilidades de amamentação e cuidados dos filhos em idade de amamentação etc. O processo industrial criou um problema que não era conhecido quando a mulher, em épocas remotas, dedicava-se aos trabalhos de natureza familiar e de índole doméstica. A indústria tirou a mulher do lar por 14, 15 ou 16 horas diária, expondo-se a uma atividade profissional em ambientes insalubres e cumprindo obrigações muitas vezes superiores às suas possibilidades físicas. (NASCIMENTO, 2013, p. 930).

A partir disso, surgem as primeiras leis que visavam à proteção da mulher:

[...] o “Coal Mining Act”, de 1842, proibindo o trabalho da mulher em subterrâneos e com o “Factory Act”, de 1844, que reduziu sua jornada para 12 horas, vedando-lhe o trabalho noturno; em 1878, o Factory and Workshop Act, proíbe o trabalho da mulher à noite, com algumas exceções, e fixa sua jornada semanal em 55:30 horas e 60:00 horas, respectivamente, na indústria têxtil e nas outras fábricas, excluído o domingo. A tutela estende-se, em 1892, às mulheres e menores nos magazines, restaurantes e hotéis. (BARROS, 1995, p. 30).

No Brasil, diferentemente do que ocorreu na Europa, o movimento que primeiro ocorre exigindo melhores condições de trabalho é a Lei Áurea, no final do Século XIX em 1888. Lei que aboliu os negros da escravidão e como consequência precisava obter empregados para os postos de trabalho, que agora estavam em aberto, sendo os principais deles a agricultura. Portanto, até então, o Brasil não contava com uma legislação que normatizasse o trabalho subordinado (CALIL, 2000, p. 21).

Com o início da industrialização no Brasil, não houve grandes mudanças para as mulheres. As mesmas ficavam em casa, e os homens trabalhavam nas grandes indústrias. Mas no momento pós-guerra, esses homens mutilados voltam e as mulheres passam a ocupar o mercado de trabalho de forma massiva.

E por estarem inseridas no mercado de trabalho em péssimas condições de labor como: jornadas excessivas, péssimas condições de higiene, sem pausas para o descanso, logo surgiram os primeiros movimentos de reivindicações da classe trabalhadora feminina brasileira.

E para solucionar conflitos, em 1912 surgiu o primeiro projeto que incluía em sua pauta melhorar o trabalho feminino:

[...] contratar emprego independentemente de autorização do marido, que lhe era vedado o trabalho noturno, que a jornada de trabalho não poderia exceder de 8 horas e que se poderia licenciar de 15 a 25 dias antes do parto e até 25 dias depois, com garantia de retorno ao emprego e percepção de um terço do salário no primeiro período e metade no segundo. (VIANNA, 2005, p. 979).

Infelizmente consta que esse primeiro projeto foi rejeitado, demonstrando dessa maneira, como os pensamentos marxistas e patriarcais estavam impregnados na sociedade daquela época. A esse respeito, Segadas Vianna esclarece:

A reação contra todo o projeto foi enérgica e os dispositivos sobre o trabalho feminino provocaram violentos debates. O Deputado Raul Cardoso entendia que permitir o trabalho feminino independente da autorização marital era “expor a honra da mulher do operário a discussões judiciais; Ottoni Maciel afirmava que “os maridos ficam em uma posição muito secundária” e Augusto de Lima dizia, zangado, que “seria a repetição de uma disposição profundamente imoral e desorganizadora do lar”; no entanto, falando sobre as operárias, declarava que “essas moças são maltratadas e prestam serviços superiores às suas forças”. (VIANNA, 2005, p. 979).

Outro progresso relativo à proteção do trabalho da mulher em âmbito Estadual dispõe, sobre licença para se recuperar do desgaste emocional e físico resultante da gravidez e do parto, através da Lei 1.596, de 29/12/1917 que proibia o trabalho da mulher no seu último mês de gravidez nas indústrias.

Na esfera Federal, o primeiro avanço, em relação à proteção, direcionada a mulher, foi com o Decreto 16.300, de 31/12/1923 e, afirmava que: era faculdade da mulher gestante não trabalhar em indústrias pelo menos 30 dias antes e 30 dias após o parto, bem como era facultado às indústrias, permitir que as lactantes pudessem amamentar seus filhos, não dispondo expressamente a duração desses intervalos de amamentação. (BRASIL, 1923).

O Decreto 21.417-A, de 17/05/1932, proibia o trabalho da mulher em condições insalubres, conforme consta no art. 5º, alínea b a seguir reproduzido:

I – Emanações nocivas: fabricação e manipulação com ácidos fosfórico, acético, azótico, pícrico, salicílico e sulfuroso; fabricação e depósito de adubos químicos, de composição mineral ou orgânica; fabricação de anilinas e produtos derivados; tratamento da borracha com enxofre, clorureto de enxofre, éter, sulfureto de carbono, benzina, nafta; câmaras frias em que haja vapores ácidos ou de amoníaco; fabricação de carvão animal; fabricação de cloro, de hipoclorureto de ácido e de compostos ou preparados contendo cloro ativo, sulfato de cobre e outros compostos tóxicos de cobre; cortimento e preparação de couros por processos químicos; quaisquer trabalhos com chumbo, dissolventes químicos voláteis e inflamáveis; destilação de carvão de pedra, de madeira, xistos betuminosos, querosene, óleos minerais, resinas, alcatrão de origem vegetal ou animal; destilação de líquidos alcoólicos; douradura, trabalhos com esmalte, estanhagem de vidros e espelhos, fabricação dos éteres sulfúrico e acético, galvanoplastia, fabricação de gelatina; impermeabilização de tecidos com produtos voláteis e inflamáveis, benzina, nafta, etc.; limpeza e trabalho nos matadouros, trabalhos com mercúrio, extração de óleos por meio de dissolventes químicos voláteis, refinação de ouro por meio de ácidos, fabricação de sais de prata, trabalho com ácidos e produtos nocivos nas tinturarias. II – Perigo de acidentes: fabricação e manipulação dos ácidos sulfúrico e clorídrico, afiação de instrumentos e peças

metálicas em rebolo ou a esmeril, fabricação e transporte de explosivos; depósito, manipulação e transporte de inflamáveis; fabricação de potassa, fabricação da soda, fabricação e aplicação do sulfureto de carbono; fabricação e aplicação, a quente, de vernizes fabricação de álcool, fabricação de óleos; III – Perigo de envenenamento: ácido oxálico, arsênico e seus compostos e preparados; fabricação do fósforo, excluindo-se, o empacotamento, manipulação com resíduos animais, dessecação, depósito e preparados de sangue, preparação ou aplicação de tintas que contenham produtos tóxicos. IV – Necessidade de trabalho atento e prudente: fabricação de colódio, celuloide e produtos nitrados análogos. V – Poeira e vapores nocivos: calcinação de minérios, pedra de cal, madeira, osso; trabalhos com peles. (BRASIL, 1932).

Igualmente, a referida norma garantia à trabalhadora gestante nos arts. 9^a e 14^o um auxílio correspondente à metade das médias de seus salários que eram pagos pelas caixas criadas pelo Instituto de Seguridade Social, além disso, a empregada também já contava com uma espécie de “estabilidade”, tendo em vista que tinha assegurado o retorno às funções que exercia anteriormente, bem como não permitia que os empregadores despedissem mulher grávida sem justa causa.

A crise econômica de 1929 e os diversos movimentos sociais por melhores condições de trabalho contribuíram para a promulgação da Constituição Brasileira de 1934, que sofreu forte influência da Constituição de Weimar da Alemanha, de 1919, por suas disposições de conteúdo social (LENZA, 2013, p. 113), tendo sido o primeiro texto constitucional do Brasil a garantir direitos à trabalhadora gestante.

Assegurando a igualdade de salário entre homens e mulheres, proibindo o trabalho feminino em ambientes insalubres, garantindo assistência médica e sanitária à gestante, concedendo-lhe descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego e instituindo os benefícios da previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, invalidez, maternidade e nos casos de acidente de trabalho ou de morte, dentre outros. (BRASIL, 1934).

A constituição de 1937 embora tenha mantido “[...] o preceito formal de igualdade de todos perante a lei, eliminou o dispositivo da Constituição anterior que vedava a diferença de salário por motivo de sexo.” (BARROS, 1995, p. 411). Essa omissão deu azo à publicação do Decreto-Lei 2.548, de 31/08/1941, que, em seu artigo 2^o, permitiu que os salários das mulheres sofressem redução de 10% em relação ao salário pago aos homens (CALIL, 2000, p. 34).

Desde então vários decretos-leis foram alterados para atender aos pedidos específicos de uma baseada no patriarcado, quando finalmente, a CLT de 1943 foi aprovada pelo Decreto Lei 5.452, incluindo nos dispositivos, normas de proteção a maternidade e contraindo ônus ao empregador, no que tange ao pagamento dos salários devidos à empregada durante o período de licença-maternidade. O que gerou

muita discriminação na contratação do labor feminino. Contudo, apenas em 1974, o salário maternidade deixou de ser obrigação dos empregadores e passou novamente a ser responsabilidade da previdência.

A constituição de 1988 acrescentou dentre outros direitos, o direito à licença gestante, de 120 dias, sem prejuízo do emprego ou salário, previu a possibilidade de realizar ações que visassem à proteção do trabalho da mulher, proibiu a diferença de salários, critérios de admissão e exercício de função em razão do gênero e assegurou a igualdade de direitos entre homens e mulheres.

Considerando a importância do convívio entre mãe e filho durante os primeiros meses de vida do bebê, a Lei 11.770, de 09/09/2008, criou o Programa Empresa Cidadã, concedendo incentivos fiscais às empresas privadas que prorroguem, voluntariamente, a duração da referida licença de 120 para 180 dias (BRASIL, 2008).

Art. 7º, XXX- proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. (BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DE 1988).

Art. 5º - A todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo. (BRASIL, CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO, Decreto Lei nº: 5.452/43).

Conforme artigo supramencionado, a própria CLT prevê em seu artigo, o objetivo de proteger a mulher no mercado de trabalho não só no que tange a igualdade salarial, que é questão de ordem pública, mas, também a proteção em relação à duração da jornada de trabalho, que devem ser compreendidas em 8 horas diárias e 44h semanais.

Em relação à prorrogação e compensação da jornada de trabalho, aplicam-se as mesmas regras referentes ao trabalho do homem, tendo em vista que a Lei 7.855/89, que limitava o direito à realização de horas extras pela mulher foi revogada.

No que tange aos períodos de descanso, existiam algumas diferenças entre o trabalho da mulher e o trabalho do homem. Antes da Reforma Trabalhista, a prorrogação de horas extras era expressa por previsão legal, constante no artigo 384 da CLT/48, e era assegurado que as mulheres gozassem de um intervalo de 15 (quinze) minutos para o descanso antes do início da prorrogação.

Esse artigo foi revogado pela reforma trabalhista, sob a justificativa que esse tipo de comportamento feria a igualdade de homens e mulheres, pois a contração de horas extras por mulheres acabavam saindo mais caro.

No que diz respeito à Proteção do trabalho da mulher no tocante aos trabalhos perigosos ou insalubres, o termo “proteção” tem ficado controverso no caminhar histórico, levando em consideração que a Lei 7.855/89 revogou a proibição constante na alínea "b" do artigo 387 da CLT que vedava a possibilidade da realização de trabalhos perigosos ou insalubres pelas mulheres.

Desta forma, em se tratando de atividades perigosas, insalubres ou penosas, valem as mesmas regras referentes ao trabalho masculino e, com a reforma trabalhista, ultrapassa a mulher, alcançando os nascituros e recém-nascidos, ou seja, quando permitem que gestantes e lactantes possam trabalhar em lugares insalubre de grau médio e mínimo, a não ser que a mulher “voluntariamente” apresente atestado médico que impeça esse labor.

Ressalta-se que a palavra “voluntariamente”, na prática, não terá eficácia, pois a gestante, que a partir daquele momento sabe que precisará ainda mais do emprego, poderá submeter-se a funções que coloque em risco a sua saúde e a do seu filho.

Lembrando que, na prática, as empresas não são rigorosamente fiscalizadas quanto aos pagamentos de insalubridade, e nem ao grau realmente exercido pelo funcionário. Logo, podendo causar danos, de maneira que coloque a proteção ao trabalho sobreposto a proteção da saúde, permanecendo um entrave na contratação da mão de obra feminina.

A maternidade, infelizmente, ainda é motivo de discriminação para o acesso e a permanência da mulher no mercado de trabalho, constituindo-se em obstáculo para a promoção da igualdade de gênero e da oportunidade de tratamento igualitário no emprego.

1.2 CONCEITO DE GESTANTE E LACTANTE

A origem do termo “Gravidez” deriva do latim da palavra grave², gravidade, que significa peso, logo é assim chamada não por ser considerada grave, mas sim pelo peso da barriga da mulher. E, o termo “gestante”, significa que é aquela que gera.

As diversas conceituações sobre quando se inicia a vida, tem grande importância na seara jurídica, pois é através desta que se delimitará a atuação do Estado em resposta à conduta humana, o qual deverá tipificar este ou aquele ato, e quando o ato é lícito ou ilícito, se a empregada tem ou não estabilidade no emprego e etc.

² Disponível em: < <http://origemdapalavra.com.br/palavras/gestacao/> > Acesso em: 12 ago 2018.

Inicialmente, observa-se uma visão mais voltada para a religião. O catolicismo, por exemplo, considera que a vida começa na concepção, quando o óvulo é fertilizado formando um ser humano pleno e não um ser humano em potencial. Por isso, defendem a tese de que na fecundação se dá o início da vida, equiparando qualquer tipo de aborto ao homicídio.

Já a ciência, vem dando a sua contribuição para a construção do ponto de vista jurídico desde a invenção de Galileu Galilei: o microscópico, logo começou a surgir diversas correntes jurídicas sobre o tema:

VISÃO GENÉTICA – A vida começa na fertilização, quando o espermatozóide e óvulo se encontram e combinam seus gens para formar um indivíduo com um conjunto genético único. Assim é criado um novo indivíduo, um ser humano com direitos.

VISÃO EMBRIOLÓGICA – A vida começa na 3ª semana de gravidez, quando é estabelecida a individualidade humana. Isso porque até 12 dias após a fecundação o embrião ainda é capaz de se dividir e dar origem a duas ou mais pessoas. É essa idéia que justifica o uso da pílula do dia seguinte, e contraceptivos administrados nas duas primeiras semanas de gravidez.

VISÃO NEUROLÓGICA – O mesmo princípio da morte vale para a vida. Ou seja, se a vida termina quando cessa a atividade elétrica no cérebro, ela começa quando o feto apresenta atividade cerebral igual á de uma pessoa O problema é que essa data não é consensual. Alguns cientistas dizem haver esses sinais cerebrais já na 1ª semana e outros, na 20ª semana.

VISÃO ECOLÓGICA – A capacidade de sobreviver fora do útero é que faz do feto um ser independente e determina o início da vida. Médicos consideram que um bebê prematuro só se mantém vivo se tiver pulmões prontos, o que acontece entre a 20ª e 24ª semana de gravidez. Este foi o critério adotado pela Suprema Corte dos EUA na decisão que autorizou o direito ao aborto.

VISÃO METABÓLICA – Os adeptos dessa corrente, afirmam que a discussão sobre o começo da vida humana é irrelevante, uma vez que não existe um momento único no qual a vida tem início. Para essa corrente espermatozóide e óvulo é tão vivo quanto qualquer pessoa. Além disso, o desenvolvimento de uma criança é um processo contínuo e não deve ter um marco inaugural iguais aos de qualquer outro³.

Então com a evolução promovida pela ciência, à vida passa a ter uma ligação íntima com a consciência e o raciocínio lógico, promovido pelo filósofo René Descartes um proclamas famoso: “penso, logo existo”.

Desde então, no nosso ordenamento jurídico vem sendo utilizada vários aspectos de que o Brasil adota a subjetividade, a autoconsciência e a racionalidade como critério de humanidade. A Constituição Federal, no seu artigo 5º defende a inviolabilidade da pessoa humana, sempre como pressuposto de definição da vida a

³ Disponível em: <<https://super.abril.com.br/ciencia/vida-o-primeiro-instante/> acessado> Acesso em: 10 ago 2018.

capacidade de raciocinar, de ter consciência, decidir, escolher, logo, quando a Constituição fala em vida humana ela acaba não incluindo os embriões.

Com o advento das novas tecnologias de “manipulação genética” e “proveta”, as pesquisas médicas têm-se utilizado de diferentes conceitos científicos para definir o início da vida humana com o objetivo de se utilizar células embrionárias para fins terapêuticos, sem que se firam preceitos éticos, filosóficos e religiosos da sociedade.

Apesar dos contrapontos, existem 4 correntes a respeito de quando se dar o início da vida:

a) Em 1975, a terceira edição do famoso livro *Medical Embryology* (Embriologia Médica), de Jan Langman, explicou que o início da vida começa com a fertilização. No momento da união do óvulo com o espermatozóide.

b) Existem os que defendem, sendo o início da vida, a implantação do embrião no útero. Sob o argumento de que se o embrião não for implantado em um útero materno, este não conseguirá continuar seu desenvolvimento, estando, portanto, condenado a não nascer. (ALHO, 2003).

c) Aos que defendem que o início da vida começa com o início da atividade cerebral: Segundo o embriologista Irene Yan, o começo da atividade cerebral marcaria o início da vida, já que o Brasil adota a morte cerebral como o fim da atividade humana. (PRANKE, 2004).

d) E, há os que defendem que o início da vida começa com o nascimento com vida do embrião, também chamada teoria natalista. Pois o nascituro só é considerado pessoa ao nascer com vida. (NERY, 2003).

Embora alguns doutrinadores não reconheçam que existe vida na fase inicial do embrião, sob a justificativa de que o início da vida não se consubstancia num momento único, ou seja, o encontro do óvulo com o espermatozóide não é instantâneo e conclusivo. Pela constituição Federal, o nascituro é plenamente protegido, tendo a gestante estabilidade desde a confirmação da gravidez até os 5 meses após o parto.

Já o significado de lactante, segundo o dicionário Aurélio, é aquela Capaz de lactar, de produzir leite; diz-se da mulher que amamenta. O direito do trabalho, quando se refere ao direito das lactantes, está justamente preocupado em proteger a trabalhadora que amamenta, bem como a qualidade de vida do seu bebê. Essa

preocupação, determinada na CLT, tem o seu nascedouro na Constituição Federal de 1988, que prevê inúmeros benefícios para a mulher empregada com o contrato de trabalho formal (Carteira Assinada).

A proteção a lactante vai além de preocupações jurídicas, mas por recomendações da Organização Mundial da Saúde (OMS) e do Ministério da Saúde, é orientado as mães que amamentem por 2 anos ou mais. Para isso é fundamental que elas tenham o apoio dos seus empregadores, e que após a licença maternidade, elas consigam pelo menos manter os 6 (seis) primeiros meses exclusivos de amamentação para o seu bebê.

A sociedade é fruto histórico de uma coletividade machista, onde a realidade cultural brasileira de mulheres lactantes, que precisam voltar ao trabalho e amamentar o seu bebê são na prática uma tarefa árdua. Principalmente porque após a licença-maternidade, as mães profissionais, já não possui estabilidade no emprego, o que ocasiona receio de serem demitidas.

A instrução ideal seria que as empresas pudessem manter salas de apoio à amamentação, com o escopo principal de manter a lactante em um ambiente mais confortável para amamentar seu bebê. Ou caso não seja possível, para que faça a coleta do leite materno, e que o mesmo fosse oferecido à criança, mantida a qualidade do leite. Mas como a manutenção dessas salas nas empresas não é obrigatória, na prática o que ocorre são mães profissionais, coletando leite nos banheiros das empresas.

Embora as empresas sejam exigidas em manter no local de trabalho creche ou berçários, desde que possuam pelo menos 30 mulheres com mais de 16 anos como funcionárias, esta exigência tem com o intuito permitir que às empregadas possam deixar seus bebês durante a amamentação em local apropriado, sob a sua vigilância e assistência. Pois caso contrário, essas empresas terão que substituir à exigência de creche no local de trabalho por um sistema denominado reembolso-creche, que são convênios com entidades públicas e privadas ou até mesmo entidades sindicais.

Na prática, isso acaba por afastar mulheres do mercado de trabalho, inclusive na contratação, tendo em vista que quando as instituições percebem que estão alcançando o número estimado para ter que atender a essas exigências, começa a realizar, contratações masculinas, com o fito de “fugir” de manter uma sala como esta ou até mesmo de promover convênios para o sistema de reembolso-creche.

Como esse tipo de discriminação é primário, ou seja, ocorre antes mesmo da contratação e na seleção, sendo que o controle do RH é muito interno e difícil de

comprovar, acaba que a maioria das lactantes não encontra esse tipo de apoio dos seus empregadores, nem de reembolso creche ou de uma sala adequada para coletar o leite. Além de ter receio de serem demitidas, fazendo as coletas do leite muitas vezes nos banheiros da empresa, sem possibilidade alguma de conforto e que dirás uma boa qualidade do leite coletado para a criança.

Até porque, além das mães, possuem o direito de amamentar seus bebês protegido pela Constituição Federal, bem como pela CLT, as crianças, tem direito ao aleitamento materno, previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente:

Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.
Art. 9º O poder público, as instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas a medida privativa de liberdade.

§ 1º Os profissionais das unidades primárias de saúde desenvolverão ações sistemáticas, individuais ou coletivas, visando ao planejamento, à implementação e à avaliação de ações de promoção, proteção e apoio ao aleitamento materno e à alimentação complementar saudável, de forma contínua. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

§ 2º Os serviços de unidades de terapia intensiva neonatal deverão dispor de banco de leite humano ou unidade de coleta de leite humano. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016). (BRASIL, ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, Lei nº 8.069 de 13 de Julho de 1990).

No entanto, a maternidade, assim como o trabalho não existe de maneira separada do corpo da mulher. É no corpo feminino, que os anseios do mercado de trabalho e o desejo de ser mãe, se materializam. Mas nesse sentido, o mercado de trabalho, continua atribuindo todos os encargos da gestação e lactação apenas para a mulher.

2 POSSIBILIDADE DE TRABALHO DE GESTANTES E LACTANTES EM AMBIENTE INSALUBRE

Faz-se necessário apresentar algumas considerações acerca do labor em situações nocivas à saúde, para que se possam compreender as questões relativas às trabalhadoras gestantes e lactantes que laboram em ambientes insalubres.

O adicional de insalubridade é um benefício reconhecido pelo Ministério do Trabalho e está previsto na Consolidação das Leis do Trabalho, além disso, a Norma Regulamentadora NR-15, determina ainda quais são as atividades passíveis de gerar esse benefício, já que esse adicional é devido a trabalhadores que estão expostos a agentes nocivos com potencial para prejudicar a saúde de alguma forma.

Logo, ambiente insalubre, está diretamente ligada à atividade nociva à saúde, acima dos limites de tolerância determinado pelo Ministério do Trabalho.

Art. 189, CLT- Serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos.

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

Parágrafo único - As normas referidas neste artigo incluirão medidas de proteção do organismo do trabalhador nas operações que produzem aerodispersóides tóxicos, irritantes, alérgicos ou incômodos. (BRASIL, CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO, Decreto Lei nº: 5.452/43).

Aduz Sebastião Geraldo de Oliveira que: constatado o desempenho de atividades em condições prejudiciais à saúde ou que coloquem em risco a integridade física do trabalhador, pode-se eleger uma das seguintes condutas: i) aumentar a remuneração para compensar o maior desgaste do trabalhador (monetização do risco); ii) reduzir a duração da jornada; iii) proibir o trabalho (alternativa ideal). (OLIVEIRA, 2011).

Podendo o adicional de insalubridade ser de 10%, 20% ou 40% do salário mínimo, em grau mínimo, médio e máximo, respectivamente, conforme determina o art 192, CLT:

Art. 192 - O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por

cento) e 10% (dez por cento) do salário-mínimo da região, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo. (BRASIL, CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO, Decreto Lei nº: 5.452/43).

Após a leitura do disposto supramencionado, ver-se que o legislador optou pela monetização da insalubridade, logo não há que se falar em direito adquirido no que tange a percepção desse adicional. Ou seja, se o empregado é retirado, por exemplo, do local onde tem o ruído excessivo, fonte do adicional de insalubridade, este deverá deixar de receber o adicional de insalubridade. Porém, enquanto o empregado receber esse adicional de insalubridade, a natureza dele é de caráter salarial, ou seja, enquanto o empregado receber esse adicional de insalubridade irá integrar todas as parcelas.

Súmula nº 139 do TST

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 102 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

Enquanto percebido, o adicional de insalubridade integra a remuneração para todos os efeitos legais. (ex-OJ nº 102 da SBDI-1 - inserida em 01.10.1997).

Os critérios observados pela NR-15 são realizados por meio da Portaria 3.214/1978, por se tratar de matéria técnica de higiene ocupacional, compete ao Ministério do Trabalho e Emprego aprovar o quadro de atividades e operações insalubres, adotar normas sobre os critérios de caracterização da insalubridade, os limites de tolerância aos agentes agressivos, meios de proteção e o tempo máximo de exposição do empregado a esses agentes, nos termos do artigo 190 da CLT.

São consideradas atividades ou operações insalubres as que se desenvolvem:

Acima dos limites de tolerância previstos nos anexos à NR-15 de números: 1 (Limites de Tolerância para Ruído Contínuo ou Intermitente);2 (Limites de Tolerância para Ruídos de Impacto);3 (Limites de Tolerância para Exposição ao Calor);5 (Limites de Tolerância para Radiações Ionizantes);11 (Agentes Químicos cuja Insalubridade é caracterizada por Limite de Tolerância e Inspeção no Local de trabalho);12 (Limites de Tolerância para Poeiras Minerais). - nas atividades mencionadas nos anexos números:6 (Trabalho sob Condições Hiperbáricas); 13 (Agentes Químicos);14 (Agentes Biológicos). - comprovadas através de laudo de inspeção do local de trabalho, constantes dos anexos números: 7 (Radiações Não Ionizantes);8 (Vibrações);9 (Frio);10 (Umidade)⁴.

⁴ Disponível em: < <http://www.guiatrabalhista.com.br/guia/insalubridade.htm>> Acesso em: 13 ago 2018.

Infere-se, que para a caracterização da insalubridade, é necessário o preenchimento de dois requisitos de forma cumulativa, a saber: 1) que o empregado se exponha a agentes nocivos à saúde; 2) que essa exposição seja superior aos limites previstos na norma regulamentadora expedida pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

O Empregador deve sempre buscar medidas necessárias para reduzir os danos causados ou até mesmo eliminá-los, como por exemplo, através do uso de EPI – Equipamento de proteção individual. Inclusive se através do uso desses equipamentos o empregador conseguir eliminar o risco de dano a saúde do empregado, ele não precisa pagar o adicional de insalubridade. Por isso, alguns doutrinadores chamam o adicional de insalubridade de salário condição, não se tratando em direito adquirido a percepção desse adicional, tendo em vista que cessado o risco de dano a saúde do empregado, cessa também o adicional de insalubridade.

EPI significa Equipamento de Proteção Individual e é definido pela Norma Regulamentadora nº 06 (NR-06) do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) como sendo: “todo dispositivo ou produto, de uso individual utilizado pelo trabalhador, destinado à proteção de riscos suscetíveis de ameaçar a segurança e a saúde no trabalho” Esses são responsáveis pela proteção e integridade do indivíduo com o intuito também de minimizar os riscos ambientais do ambiente de trabalho e promover a saúde, bem estar e evitar os acidentes e doenças ocupacionais⁵.

Súmula nº 80 do TST

INSALUBRIDADE (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003
A eliminação da insalubridade mediante fornecimento de aparelhos protetores aprovados pelo órgão competente do Poder Executivo exclui a percepção do respectivo adicional.

Porém, não basta que o empregador entregue os Equipamentos de proteção Individual que são capazes de neutralizar por completo o risco de danos à saúde, mas este tem o dever de fiscalizar se os empregados estão utilizados os EPIS, pois se o empregador não fiscaliza este responderá por culpa in vigilando, conforme dispõe Súmula 289, TST:

Súmula nº 289 do TST

INSALUBRIDADE. ADICIONAL. FORNECIMENTO DO APARELHO DE PROTEÇÃO. EFEITO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

O simples fornecimento do aparelho de proteção pelo empregador não o exime do pagamento do adicional de insalubridade. Cabe-lhe tomar as medidas que conduzam à diminuição ou eliminação da nocividade, entre as quais as relativas ao uso efetivo do equipamento pelo empregado.

⁵ Fonte: INBEP <<http://blog.inbep.com.br/equipamento-deprotecao-individual-epi/>> Acesso em 13 ago 2018.

Precedente:

IUJ-RR 4016/1986, Ac. TP 276/1988 - Min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello
DJ 29.04.1988 - Decisão unânime

Histórico:

Redação original - Res. 22/1988, DJ 24, 25 e 28.03.1988

Nº 289 Insalubridade – Adicional – Fornecimento do aparelho de proteção – Efeito.

O simples fornecimento do aparelho de proteção pelo empregador não o exime do pagamento do adicional de insalubridade, cabendo-lhe tomar as medidas que conduzam à diminuição ou eliminação da nocividade, dentre as quais as relativas ao uso efetivo do equipamento pelo empregado.

A caracterização e a classificação da insalubridade devem ser estabelecidas se:

1) for realizada por perito, que vai ser o médico ou o engenheiro do trabalho e 2) estiver presente na lista oficial elaborada pelo Ministério Público do Trabalho e Emprego, logo, ver-se que não basta à perícia identificar o agente insalubre, é imperativo que este agente seja reconhecido como insalubre pelos normativos editados pelo MTE.

Ademais, conforme dispõe a Súmula 248 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), “A reclassificação ou a descaracterização da insalubridade, por ato da autoridade competente, repercute na satisfação do respectivo adicional, sem ofensa a direito adquirido ou ao princípio da irredutibilidade salarial.” (BRASIL, 2003).

O texto original da Lei n. 13.467/2017 introduziu uma nova redação para o art. 394-A da CLT. O caput do referido artigo foi alterado e, além disso, foram apresentados os novos incisos I, II e III, juntamente com os § 2º e § 3º. O dispositivo passou a ter a seguinte redação:

Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de: I - atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação; II - atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação; III - atividades consideradas insalubres em qualquer grau, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação. § 1 § 2 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. § 3 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. . (BRASIL, CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO, Decreto Lei nº: 5.452/43).

Porém, é relevante destacar que de acordo com o dispositivo 394-A da CLT, da Lei n. 13.467/2017, quando ocorrer o afastamento da gestante ou lactante por questão de insalubridade terá sua remuneração garantida, em conjunto com o adicional de insalubridade. Ressalta-se que a expressão “emitido por médico de confiança da mulher” significa, meramente, um médico de escolha da gestante ou lactante. Sendo assim, não há, por exemplo, uma ordem de preferência entre médicos como enuncia a Súmula 282 do TST.

Sendo percebido esse adicional de insalubridade tanto para o empregado que trabalha de forma contínua no ambiente insalubre, bem como o empregado que trabalha em caráter intermitente no ambiente de insalubridade, apenas não sendo devido tal adicional para empregados que vão ao setor de atividade insalubre esporadicamente, sendo considerado intermitente, o trabalho diário com intervalos.

Súmula nº 47 do TST

INSALUBRIDADE (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

O trabalho executado em condições insalubres, em caráter intermitente, não afasta, só por essa circunstância, o direito à percepção do respectivo adicional.

Mais de 100 artigos da CLT foram alterados pela reforma trabalhista, a Lei 13.467 de 13 de julho de 2017, dentre elas foi alterada duas atividades em relação à insalubridade:

A sobre jornada de atividade insalubre: a CLT/43 previa que o empregado que fosse prestar horas extras em atividades insalubres só poderia prestar o serviço após autorização previa da autoridade competente, já com a reforma trabalhista os empregados que trabalham em regime de 12X36, esses não precisam de autorização prévia em atividade insalubre. (BRASIL, CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO, Decreto Lei nº: 5.452/43 alterado pela Lei nº: 13.467 de 13 de julho de 2017).

Tenho em vista que o quesito legal diz que a jornada normal é de 8 horas diárias e 44 horas semanais e que além dessa jornada pré-estabelecida na Constituição Federal, era preciso de autorização do Ministério do Trabalho, para estender essas horas em atividades insalubres. Com a Lei 13.467/2017 os empregados que trabalharem em até 12h, ou seja, 4 além da jornada legal, pode ser prestada em atividade insalubre por determinação do empregador.

Prestação de atividade insalubre por gestante ou lactante: a CLT/43 determinava que empregada que estivesse gestante ou em período de lactação não poderia laborar em local que fosse insalubre, seja ela em que

grau for, já a reforma trabalhista só afasta a empregada gestante imediatamente do local insalubre se restar comprovado que aquele local de insalubridade tem grau máximo, ou seja, se a insalubridade for de grau médio ou mínimo a empregada só será afastada mediante determinação do médico de sua confiança.

Se a empregada for lactante não será afastada imediatamente das atividades insalubres independentemente do grau, sendo afastada apenas se comprovar através de atestado médico da sua confiança. BRASIL, CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO, Decreto Lei nº: 5.452/43, alterado pela Lei nº: 13.467 de 13 de julho de 2017).

Se a gestante não puder ser deslocada da atividade insalubre, esta passa a perceber de logo a sua licença-maternidade, como se estivesse recebendo em função de uma gravidez de risco.

Diante disso, surge uma questão polêmica dentre os doutrinadores, tendo em vista que antes da Reforma Trabalhista, a discussão era em face das discriminações das mulheres, referentes às oportunidades de empregos em empresas que possuem atividade essencialmente insalubre, inclusive daquelas que não pretendiam ter filhos ou até mesmo das que já tiveram filhos. Isso porque, via de regra, essas empresas optavam por não contratarem mulheres, prevendo as consequências em caráter produtivo, caso essas mulheres viessem a engravidar.

Com efeito, a Reforma Trabalhista tem a proposta de inserir mulheres no mercado de trabalho, incluindo ambientes insalubres. Porém quando se trata de gestantes e lactantes, ultrapassa a inserção de oportunidade, da não-discriminação e da equidade relativa às mulheres e aos homens em locais que apresentam insalubridade e esbarra fortemente no direito à vida e à saúde da gestante/lactante e do nascituro/recém-nascido, tendo em vista que, a proteção ao trabalho não pode se sobrepor à proteção à vida, embora tenha sido isso que aconteceu.

Veja-se, quanto ao tema, à opinião de Marcos H. Mendanha:

O nível de anacronismo é tanto, que quando as entidades que “defendem” os interesses dos trabalhadores brigam pelo assunto insalubridade, não é para que se extinga o trabalho insalubre. Não! Ao contrário, o que se busca normalmente é o aumento do adicional de insalubridade. É como se dissessem: “concordamos em vender a saúde de nossos trabalhadores, desde que isso seja feito a um preço melhor”. Quanta loucura. (...) Em países que defendem verdadeiramente a integridade de seus trabalhadores, a regra é diferente: é proibido o trabalho em ambientes insalubres e sem EPIs que neutralizem os riscos que geram doenças. Simples assim. Além disso, tudo que gerar risco e não puder ser neutralizado por EPI, a bem da verdade, não é insalubre, e sim perigoso. Infelizmente, algumas profissões fundamentais para humanidade só existem em conjunto com agentes perigosos. Disso, infelizmente ainda não foi possível fugir. (...) Por analogia, falemos, por exemplo, do agente biológico, atualmente enquadrado como agente insalubre. Um profissional de saúde pode conviver com vários doentes, sem nunca ter sido

infectado por nenhuma doença. No entanto, pela natureza microscópica dos agentes, não há como neutralizar 100% dos agentes mediante uso de EPIs. Exemplificando: por melhores que sejam as máscaras, nunca eliminaremos o ar como um meio de propagação potencial de doenças dentro dos serviços de saúde. Outro exemplo: qual seria o EPI aplicável ao ambiente hospitalar, e que ofereça completa proteção aos acidentes com perfuro cortantes? Também não dispomos dele ainda. (...) Numa lógica inversa, vejamos o caso da radiação ionizante. Estatisticamente, a maior probabilidade de adoecimento provocada por esse agente advém da exposição contínua e desprotegida, e não por acidente envolvendo radiação ionizante. Por isso, esse agente é originalmente considerado como insalubre (para mim, de forma correta). Sua transformação para agente perigoso ocorreu na época do acidente de Goiânia/GO com o Césio-137. A repercussão foi tamanha que esse agente mereceu ser “promovido” para o capítulo da periculosidade, cujo adicional de remuneração é pago sobre o salário base (e não sobre o salário mínimo, como ocorre na insalubridade), o que o torna mais desejável⁶.

Veja-se a opinião doutrinária da Advogada e Consultora Juliana Sábio sobre o tema:

No início de maio de 2016, a lei 13.287 acrescentou o artigo 394-A à CLT que proíbe o trabalho da gestante ou lactante em atividades, operações ou locais insalubres. A intenção do legislador foi louvável, uma vez que busca proteger não somente à gestante como também seu bebê de eventuais efeitos nocivos à sua formação. A legislação já previa condição diferenciada à empregada gestante que ocupasse função em exposição às radiações ionizantes, determinando o seu remanejamento para atividade compatível com seu nível de formação. No entanto, a nova lei tem causado inúmeros questionamentos e inseguranças por parte dos empregadores e também das empregadas gestantes. Veja que a lei não confere ao empregador a neutralização dos agentes insalubres por meio de equipamentos de proteção. A determinação é para que a gestante ou lactante sejam efetivamente remanejadas para local salubre. O novo artigo continha um parágrafo único que assegurava à empregada ou lactante o pagamento integral do salário, inclusive com o adicional de insalubridade. O referido parágrafo, contudo, foi vetado, o que nos leva a concluir que a empregada será remanejada de função com a supressão do adicional de insalubridade enquanto perdurar a situação. Um dos grandes problemas é para onde remanejar essas trabalhadoras. A situação pode ser simples para empresas com poucas atividades insalubres, porém, torna-se quase impraticável àqueles empregadores que possuem a totalidade ou quase totalidade de ambientes nessa situação, um hospital, por exemplo. Onde alocar uma médica ou uma enfermeira gestante, sendo que tais profissões possuem conhecimentos específicos e a insalubridade é inerente à função? Fosse pouco, a lei equiparou ao mesmo grau de gravidade todos os tipos de condições insalubres, física, química e biológica, esquecendo-se que a própria legislação que regula o trabalho insalubre (NR 15 do MTE) diferencia extensivamente os agentes em graus mínimo, médio e máximo. Note que além da gestante, a lactante é 6 protegida pela mesma lei. Tomando-se como exemplo o ruído excessivo, sabe-se que ele é comprovadamente prejudicial ao feto. Nesta situação, o protetor auricular protegeria a mãe, mas seria ineficaz à proteção do bebê em formação. A situação, porém, não é a mesma em relação à lactante, sendo que não se vislumbra prejuízo em sua exposição a este agente insalubre desde que devidamente paramentada com o equipamento de proteção adequado. Posta assim a questão, além de uma aparente

⁶ Disponível em: <www.saudeocupacional.org/2011/10/reflexoes-criticas-sobre-insalubridade-e.html> Acesso em: 6 set 2018.

desproporção da lei ao igualar os agentes em todos os graus e à mesma condição, a mesma trouxe um problema ao empregador que terá que realocar essas trabalhadoras em atividade que talvez nem exista, sendo criada especificamente para sanar a questão. Isso já era possível mediante recomendação médica, definida, porém, caso a caso. De outro lado, a empregada terá sua remuneração diminuída no momento em que seus gastos tendem a aumentar com a chegada de um bebê. Desta forma, a lei que veio com a intenção de proteger gestantes e lactantes não parece ter alcançado tal finalidade, podendo até mesmo servir como um desincentivo à contratação de mulheres, fazendo que o empregador, ainda que de forma velada, passe a preferir empregados do sexo masculino a fim de evitar tal situação. Por fim, e visando cumprir a legislação, que é proibir o trabalho de gestantes e lactantes em ambientes ou operações insalubres mesmo com as dificuldades acima colocadas, notadamente em relação a não existência de um ambiente de trabalho salubre, entendemos que uma alternativa possível é a discussão na Gerência Regional do Trabalho, envolvendo o Sindicato da Categoria Profissional e até mesmo o Ministério Público do Trabalho. Com a assistência e mediação de tais entidades, poderá ser negociada até mesmo a permanência da gestante ou lactante em sua casa, sem prejuízo de seus vencimentos⁷.

E foi diante desse cenário que o dispositivo legal da CLT/1943, foi levado a pauta para a Reforma Trabalhista, visando evitar a discriminação ao trabalho da mulher em locais insalubres, porém a discriminação surgia até mesmo antes da contratação, só pelo simples fato da questão biológica, em relação à possibilidade da mulher engravidar, o que causaria “prejuízos” ao seu empregador, demonstrando assim, os desestímulos à contratação de mulheres em setores hospitalares.

Porém o propósito da Reforma Trabalhista viola pressupostos constitucionais que garantem a proteção integral à vida, inclusive intrauterino, como por exemplo, o valor social do trabalho, a inviolabilidade do direito à vida, a proteção do mercado de trabalho da mulher e a redução dos riscos inerentes ao trabalho.

A Reforma Trabalhista no que tange a esse ponto ainda é criticada, pois não se tem um sistema de saúde adequado para que o médico tenha o conhecimento específico sobre as condições reais em que essa mulher gestante ou lactante labora, de modo que não se possui a segurança necessária de que o médico emitirá um atestado, após visita no local de trabalho da gestante. Sendo assim, essa medida protetiva ao mercado de trabalho da mulher, pode não ser uma garantia de proteção e acabar por ser prejudicial à saúde, como é em qualquer ambiente insalubre ou até mesmo prejudicial à vida do bebê.

Veja-se a opinião doutrinária do Advogado e Procurador do Trabalho aposentado Raimundo Simão de Mello:

⁷ Disponível em: <www.migalhas.com.br/defeso/16,MI248537,91041-o+trabalho+gestante+em+insalubre> Acesso em: 6 set 2018.

Como se infere da lei nova as mulheres grávidas não podem trabalhar em local de insalubridade máxima e nos demais (grau médio e mínimo) só serão afastadas se houver atestado recomendando a necessidade de afastamento, assinado por um médico. Já as lactantes, de acordo com a lei, poderão trabalhar em locais de insalubridade máxima, exceto se houver pedido médico (§ 3º). Em primeiro lugar, questiona-se se os atestados médicos serão mesmo garantia de proteção para a mulher e o feto, porque o médico pode não ter o conhecimento específico necessário sobre segurança no trabalho e não ir examinar o local de trabalho. É certo que o profissional médico que emitir um atestado afirmando que a mulher poderá trabalhar em local insalubre sem risco para ela e para o nascituro estará assumindo grande responsabilidade, inclusive no âmbito civil e penal. Fazer o jogo do patrão nem pensar! Para fazer isso com alguma segurança, o médico terá que examinar o ambiente de trabalho e ouvir as duas partes e colegas de trabalho da mulher. Por isso, somente sob esse aspecto será complicada a aplicação prática dessa alteração legal. O mais consentâneo seria um veto presidencial, como, aliás, se apregoava. Em segundo lugar, o trabalho de grávidas e lactantes em ambientes insalubres poderá afetar não apenas, a trabalhadora, mas os recém-nascidos e mesmo os futuros seres humanos, promovendo-se com isso padrão predatório da força de trabalho já antes do nascimento dos futuros trabalhadores, quando começarão a ser atingidos por agentes contaminantes de adoecimento. O objetivo do artigo 394-A da CLT com a redação anterior foi proteger a gestante e lactante, o feto e a criança nos períodos de gestação e lactação, proibindo o trabalho da empregada em atividades, operações ou locais insalubres, que deveria nesses períodos exercer suas atividades em locais salubres, livres dos respectivos riscos. Esse objetivo encontra respaldo em fundamento científico, porque, comprovadamente, o trabalho em ambientes insalubres é prejudicial não só às trabalhadoras em qualquer situação, mas, principalmente, às gestantes e lactantes, ao feto e à criança em fase de amamentação, sendo correta a proibição do trabalho da gestante e da lactante em atividades ou locais insalubres, o que foi ignorado pelo Congresso Nacional e pelo presidente da República, que sancionou a lei sem qualquer restrição. Imagine-se uma mulher grávida ou lactante que trabalhe em ambiente insalubre, mesmo com atestado médico, e depois comprove a existência de prejuízo à saúde dela ou da criança, quais vão ser as consequências patronais em termos de responsabilidades civis, penais e demais agravos! Como se vê, a questão não é de simples solução, uma vez que envolve saúde e vida humanas e, independentemente de a lei ter feito tal abertura, cautela é o que se aconselha e se pondera neste momento⁸.

Ressalta-se, que é uma situação de vulnerabilidade da gestante que trabalha em ambiente insalubre, tendo em vista a dificuldade legislativa que faculta e transfere à responsabilidade de apresentar atestado médico de sua confiança, caso “queira” se afastar de labor que possui médio ou mínimo grau de insalubridade.

Importante notar, ainda, ao teor da redação da Lei 13.467, que mesmo afastada do labor insalubre na empresa, a gestante ou lactante, fará jus à percepção do adicional de insalubridade, que deverá ser pago pelo seu empregador. O empregador, por seu turno, poderá compensar o valor desse adicional de insalubridade pago à gestante ou lactante afastada das suas funções insalubres na empresa, do valor das contribuições previdenciárias mensalmente devidas pela empresa.

⁸ Disponível em: <www.conjur.com.br/2017-jul-21/reflexoes-trabalhistas-reforma-erra-permitir-gravida-lactante-local-insalubre> Acesso em: 6 set 2018.

Outrossim, caso a gestante ou lactante não possa exercer as suas atividades em local salubre na empresa, deverá ser afastada do trabalho, em condições semelhantes à gravidez de risco prevista na Lei 8213/91, com a percepção do salário maternidade.

3 AVISO DA GESTAÇÃO EM CASO DE DEMISSÃO

Em 1962, através do Decreto nº 51.627, a OIT – Organização Internacional do Trabalho previa em sua Convenção nº3 de 1919, que era vedada a dispensa da empregada durante todo período de gestação e afastamento, além de prever direitos atinentes as lactantes, como por exemplo: repouso para a amamentação, com dois intervalos de meia hora cada.

A estabilidade da gestante está prevista no art. 10, b do ADCT - Disposições Constitucionais Transitórias, que é uma espécie de anexo da constituição, diz que: “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 que significa dizer que a estabilidade da gestante se dar desde o momento da confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto.

Sendo que a CLT/40 já previa em seu art. 391 que: “não constitui justo motivo para a rescisão do contrato de trabalho da mulher o fato de haver contraído matrimônio ou de encontrar-se em estado de gravidez.” Logo, protegia a gestante de dispensa sem justa causa, apenas por encontrar-se em estado gravídico, sendo detentora de uma estabilidade desde que ela saiba da gravidez, e a responsabilidade do empregador como é objetiva, com o olhar totalmente direcionado a proteção do nascituro.

A teoria de responsabilidade objetiva entende que a estabilidade da gestante não se dá no momento da gravidez e sim no momento em que ela souber do estado gravídico que se encontra, sendo inclusive irrelevante que o empregador tenha ciência disso, não podendo dispensá-la, visando proteger o nascituro.

A jurisprudência já se manifestou a respeito da situação, configurando a responsabilidade como objetiva do empregador:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014 E ANTERIOR À LEI 13.467/2017. GESTANTE. ABORTO ESPONTÂNEO. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ÔBICE ESTRITAMENTE PROCESSUAL A IMPOSSIBILITAR O CONHECIMENTO DA REVISTA. A empregada gestante possui direito à estabilidade provisória, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto (art. 10, II, b, do ADCT). O dispositivo constitucional tem por finalidade tanto a proteção da gestante contra a dispensa arbitrária quanto relativamente aos direitos do nascituro. Na hipótese em que não há nascimento com vida da criança, mas efetivo e estrito aborto, a jurisprudência desta Corte pacificou-se no sentido de que a indenização devida corresponde somente ao período da gravidez, considerando, ainda, o prazo de duas semanas referente ao repouso remunerado previsto no art. 395 da CLT. Naturalmente, se houver nascimento com vida, a hipótese é absolutamente distinta. No caso dos autos, apesar de ser incontroverso que a Reclamante sofreu um aborto

espontâneo no período do aviso prévio indenizado, o Tribunal Regional, reformando a sentença, concluiu que "não há qualquer exclusão da garantia, na hipótese de aborto prematuro ou mesmo em caso de morte da criança no parto, inexistindo, portanto, fundamento seja no sentido de obstar a condenação, seja no sentido de limitá-la ." Ocorre que a Reclamada, nas razões do recurso de revista, não se insurge sob esta perspectiva. Fundamenta sua insurgência apenas no sentido de que "resta evidenciado que quando de sua dispensa, nem a Ré e nem a Autora conheciam de seu estado gravídico de modo que inegável que sua dispensa se deu sem eivo de vício ou com o animus de burla a legislação vigente". Contudo, o entendimento desta Corte, consubstanciado na Súmula 244, I, dispõe que "O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, b do ADCT)". Agravo de instrumento desprovido.

(TST - AIRR: 108666620155010203, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 21/08/2018, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/08/2018).

A Constituição Federal não diz especificamente em qual o momento da confirmação de gravidez seria esse, de maneira que os Tribunais interpretam, conforme entendimento da Teoria Objetiva, sendo desde o momento em que a empregada conhece o seu estado gravídico e para o empregador, não podendo dispensá-la sem justa causa, pelos simples fato de estar gerando o bebê.

Em contrassenso, a responsabilidade subjetiva, defende que a gestante deve demonstrar ao seu empregador o estágio gravídico, através de exames ou atestados médicos sob o argumento de que o empregador não poderia ser responsabilizado por algo em que ele não teria ciência.

Nesse sentido, se a própria empregada desconhecer do estado gravídico no momento em que for dispensada sem justa causa, a teoria subjetiva defende que o empregador não deveria arcar com toda responsabilidade, como se dispensa arbitrária fosse tendo em vista que o empregador não estaria contrariando a norma e nem burlando a estabilidade da gestante.

Além disso, o período de estabilidade da gestante abrange também os contratos com prazo determinado, e isso não mudou com a Reforma trabalhista. Logo, mulheres que estejam em contrato de experiência têm direito a estabilidade, contudo, caso a empregada seja demitida, esta só terá direito a reintegração se estiver dentro do tempo definido como estável.

TRT-15 - Inteiro Teor. RECURSO ORDINARIO TRABALHISTA: RO 102791220165150044 0010279-12.2016.5.15.0044

Data de publicação: 06/09/2018

Decisão: DA PRIMEIRA RECLAMADA INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA - ESTABILIDADE GESTANTE Diz que firmou contrato... do contrato de trabalho a título de experiência e o pagamento de indenização por danos morais... com o entendimento pacificado pelo C. TST na Súmula 244, "in verbis": "244. Gestante. Estabilidade provisória.

Tendo em vista que o real fundamento da legislação em promover a estabilidade gestacional para empregada gestante no contrato de experiência ou temporário é justamente proteger o nascituro, impedindo o empregador de exercer o seu direito protestativo de demitir sem justa causa.

A CLT/40 também não especificava a questão da estabilidade gestacional para as empregadas que tinham a gravidez interrompida por aborto espontâneo. MARTINS (2014) aduz que inexistia a garantia de emprego em caso de aborto, pois o que era assegurado como estabilidade do emprego, eram justamente os proventos do nascituro, que com o aborto não precisariam ser mais assegurados. O TST, nesses casos específicos tem aplicado o art 315 da CLT, que concede a mulher duas semanas de licença remunerada.

GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ABORTO ESPONTÂNEO. Como a interrupção da gravidez se deu em decorrência de "aborto espontâneo - não criminoso", o direito à estabilidade não se configurou. A reclamante, portanto, teria direito somente a repouso remunerado de duas semanas, conforme disposto no artigo 395 da CLT. Entretanto, a reclamante foi dispensada grávida no curso de seu aviso prévio. Nessa época, era detentora de estabilidade, pelo que deveria ter sido reintegrada e assim, trabalharia até o nascimento da criança, o que não ocorreu em virtude do aborto espontâneo. Diante do exposto, dou provimento para deferir a indenização substitutiva da estabilidade provisória desde a dispensa em 21/05/2015 (aviso prévio indenizado) até 30/09/2015 (data do aborto espontâneo), além do pagamento relativo a duas semanas, a teor do artigo 395 da CLT e os reflexos nas verbas rescisórias. Recurso provido. (TRT-1 - RO: 01000814420165010421 RJ, Relator: ANTONIO CESAR COUTINHO DAIHA, Terceira Turma, Data de Publicação: 25/05/2017)

Outra questão omissa na legislação a respeito da estabilidade é o caso da criança morrer logo após o nascimento. Para Pinto Martins, "se houve parto, mesmo que a criança tenha nascido morta, há garantia de emprego, porque houve gestação e parto" (MARTINS, 2014). O TST aplica esse mesmo entendimento, conforme demonstrado em julgados anteriormente supramencionados.

Frisa-se que a Constituição Federal assegura a estabilidade da gestante no que tange ao emprego e não a indenização, logo, só é devida a indenização no caso em que não haja mais possibilidade de reintegração da gestante ao emprego, desde

que se cumpram dois requisitos: a ciência da gravidez da empregada e o término da garantia do emprego.

Por oportuno, o doutrinador Sérgio Martins (2014) entende que, “no caso da empregada deixar terminar o período de garantia de emprego e só depois ajuizar a ação, esta não faz jus nem a reintegração e nem a indenização, tendo em vista o seu desinteresse em voltar a laborar na empresa” (...) o autor completa o raciocínio afirmando que: “o direito previsto na Constituição é o emprego e não à indenização” (MARTINS, 2014).

Porém, o TST tem entendimento contrário ao Doutrinador Sérgio Martins:

RECURSO DE REVISTA. RITO SUMARÍSSIMO. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. INDENIZAÇÃO. AJUIZAMENTO DA AÇÃO APÓS O TÉRMINO DO PERÍODO DE ESTABILIDADE. O único pressuposto para que a empregada gestante tenha assegurado o seu direito à estabilidade provisória (ADCT, art. 10, inc. II, alínea b) é que esteja grávida, não se cogitando de outro prazo para o ajuizamento da ação, senão o de dois anos após a extinção do contrato de trabalho, consoante dispõe o art. 7º, inc. XXIX, da Constituição da República. Recurso de Revista de que se conhece e a que se dá provimento.
(TST - RR: 7564020165210001, Relator: João Batista Brito Pereira, Data de Julgamento: 29/11/2017, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/12/2017).

Ressalta-se que não se confunde a estabilidade provisória com a licença maternidade, como conceituado acima a garantia ao emprego no estado gestacional, se dá por força do art. 10, II, B, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias em que delibera a estabilidade no ato da confirmação da gravidez até 5(cinco) meses após o parto. Situação em que o empregador perde o direito protestativo de rescisão unilateral do contrato de trabalho.

Já a licença maternidade, está prevista no art. 392, CLT e referem-se a 120 (cento e vinte) dias que irá permanecer afastada nas atividades laborais para cuidar do seu filho e da sua própria recuperação. O parágrafo 1º, ainda determina que a empregada gestante deva cominar ao seu empregador a data do seu afastamento, através de atestado médico, podendo ocorrer inclusive em até 28 dias antes do parto.

Outro ponto para que os institutos não sejam confundidos, é com relação à natureza jurídica. O salário maternidade é um benefício previdenciário, sendo pago pela previdência e não pelo empregador. Além de ser um período de interrupção do contrato de trabalho e não de suspensão, pois embora não haja a prestação de serviços e o pagamento de salários, não há para obreira qualquer tipo de prejuízo.

No que tange a licença- maternidade em relação à adoção ou guarda judicial de crianças, a empregada tem direito aos 120 dias da licença-maternidade, previsto no art. 392, CLT, mas não possui direito a estabilidade provisória, justamente por não ter preenchido os requisitos: “confirmação da gravidez” e se a adoção for de casais do mesmo sexo, a licença maternidade, só inclui um dos companheiros (as), conforme §5º do art. 392-A, CLT:

§ 5o A adoção ou guarda judicial conjunta ensejará a concessão de licença-maternidade a apenas um dos adotantes ou guardiães empregado ou empregada. (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013)

3.1 Como era a demissão das gestantes antes da Reforma Trabalhista:

Realizadas as considerações acima elencadas, antes das alterações pela Reforma Trabalhista, a mulher que fosse demitida poderia ser readmitida, em qualquer tempo, inclusive se a gravidez ocorresse no curso do aviso prévio, pois essa é uma projeção do contrato de trabalho. Tendo em vista que o empregador precisará pagar reflexos de férias, décimo terceiro, FGTS, etc, conforme jurisprudências sobre o assunto:

GARANTIA DE EMPREGO E INDENIZAÇÃO RELATIVA AO PERÍODO DE ESTABILIDADE GESTANTE. CIÊNCIA DO ESTADO GRAVÍDICO PELO EMPREGADOR. GRAVIDEZ NO CURSO DO AVISO PRÉVIO. O direito à estabilidade provisória é reconhecido à empregada gestante, mesmo que o estado gravídico seja desconhecido do empregador, consoante se depreende da Súmula nº 244, I, do TST. O art. 391 da CLT assegura, ainda, a estabilidade provisória gestante, mesmo que a gravidez advenha no curso do aviso prévio trabalhado ou indenizado, na medida em que este integra o contrato para todos os fins (art. 487, § 1º, da CLT e OJ nº 82 do TST). Demais disso, a indenização substitutiva, quando inviável a reintegração no emprego, compreenderá o período de estabilidade gestante previsto no art. 10, II, b, do ADCT. Recurso da ré conhecido e improvido no particular. (TRT-1 - RO: 01014409520165010302 RJ, Relator: SAYONARA GRILLO COUTINHO LEONARDO DA SILVA, Sétima Turma, Data de Publicação: 19/06/2017)

GESTANTE - ESTABILIDADE - AVISO PRÉVIO. - O objetivo da estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea b, do ADCT, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, é a tutela do nascituro, assegurando-se à empregada grávida segurança emocional e financeira durante a gestação e nos primeiros meses de vida do recém-nascido. Incontroversa a estabilidade da qual a Reclamante era detentora e inviável a reintegração, não se pode subtrair da empregada parcelas que lhe seriam devidas, caso não tivesse sido dispensada durante o período da garantia provisória, devendo ser considerado também o período do aviso prévio indenizado. (TRT-3 - RO: 00117473820165030143 0011747-38.2016.5.03.0143, Relator: Emilia Facchini, Terceira Turma)

RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE. RECUSA À PROPOSTA DE RETORNO AO EMPREGO. INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA DEVIDA. 1. O Tribunal de origem consignou que "É incontroverso que a autora foi admitida pela reclamada em 07/06/2013, para a função de Vendedora (Id d2abd78 - Pág. 1), sendo despedida sem justa causa em 03/11/2014 (TRCT, Id 262df6a), recebendo aviso-prévio indenizado (Id 9cfa5a6 - Pág. 1). Também é incontroverso que a reclamante engravidou durante o período contratual, pois a ecografia obstétrica de 09/12/2014 (Id 3a3ba68) indica que, nesta data, o tempo gestacional correspondia a 13 semanas e 03 dias. A reclamada comprova que, em 24/01/2015, cientificou extrajudicialmente a reclamante para que comparecesse na empresa a fim de "averiguar se a concepção ocorreu no período do contrato de trabalho ou então na projeção no aviso prévio". Registrou, ainda, que "a reclamante teve a oportunidade de retornar ao trabalho em outra filial da empresa, oferta que também não foi aceita por ela. Ressalto, ainda, que não há evidências nos autos de que o tratamento psiquiátrico realizado pela autora a incapacite para o trabalho". Assim, concluiu que "a sentença não merece reforma. A recusa da empregada em aceitar o retorno ao emprego, colocado à sua disposição em janeiro de 2015 e, novamente, na audiência inicial, em março de 2015, implica renúncia à estabilidade". 2. A norma inserida na alínea b do inciso II do art. 10 do ADCT da Constituição da República confere à empregada gestante a garantia ao emprego desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, adotando como pressuposto da garantia de emprego da gestante apenas a existência da gravidez no curso de contrato de trabalho, sendo irrelevante eventual desconhecimento da gravidez pelo empregador na data da despedida, ou mesmo pela empregada. Nesse sentido são os precedentes reiterados desta Corte e a diretriz inscrita na Súmula 244, I e III, do TST. 3. Ressalte-se que, ocorrida a concepção ao tempo em que ainda vigente o vínculo de emprego - hipótese dos autos -, é irrelevante a circunstância de a empregada haver recusado a oferta de reintegração no emprego, mantendo-se resguardado o direito à indenização substitutiva da estabilidade provisória. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR: 210031320145040251, Relator: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 06/12/2017, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 11/12/2017)

Não havia prazo legal determinado para comunicar o estado gravídico da empregada ao empregador. O ideal é que houvesse a comunicação, para haver a reintegração da empregada gestante ao emprego.

Logo, não podendo a empregada gestante pedir a indenização, tendo em vista que esta só era devida quando não havia mais possibilidade de reintegração, pois o que é garantido, conforme art.10, II, b, ADCT é a estabilidade no emprego e não a indenização.

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.

Como era: A mulher demitida poderia ser readmitida, em qualquer tempo, caso a concepção do bebê tivesse acontecido enquanto ainda estava no emprego – exceto durante o aviso prévio ou período de experiência ou trabalho temporário. A estabilidade era garantida até o quinto mês após o parto.

3.2 Como ficaram as demissões das gestantes após a Reforma Trabalhista

No que tange a estabilidade, não houve alterações. Até porque, a estabilidade da gestante é assegurada com base na Constituição Federal, Mas, caso a mulher seja demitida, ela terá apenas 30 dias para comunicar a gravidez à empresa.

Como anteriormente não havia um limite temporal para a comunicação ao empregador, a estabilidade provisória era garantida à empregada grávida ainda que o empregador não soubesse da sua situação. Então caso a empregada tenha sido dispensada e engravidasse, por exemplo, no curso do aviso-prévio, passando a gestação inteira sem comunicá-lo de tal fato, caberia ao empregador arcar com o pagamento do período correspondente a licença, com todos os reflexos.

OJ-SDI1-88 Inserida	Gestante. em	Estabilidade provisória.	28.04.97
------------------------	-----------------	-----------------------------	----------

O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador, *salvo previsão contrária em norma coletiva, não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade. (art. 10, II, "b", ADCT).
A ausência de cumprimento da obrigação de comunicar à empregadora o estado gravídico, em determinado prazo após a rescisão, conforme previsto em norma coletiva que condiciona a estabilidade a esta comunicação, afasta o direito à indenização decorrente da estabilidade.

Contudo o Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, decidiu por unanimidade, reformar a jurisprudência em relação à estabilidade das gestantes com a supressão de restrição a esse direito da trabalhadora até então prevista na Orientação Jurisprudencial nº 88 da Seção de Dissídios Individuais 1 (SDI 1). A nova redação da OJ estabelece pagamento de indenização decorrente da estabilidade provisória, mesmo que haja desconhecimento, por parte do empregador, do estado de gravidez da empregada. Foi suprimida do texto a possibilidade de norma coletiva restringir esse direito.

OJ-SDI1-88 GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. Nova redação - DJ 16.04.04 - republicado DJ 04.05.2004 (cancelada em decorrência da nova redação conferida à Súmula nº 244, DJ 20.04.2005)
O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador, não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade. (art. 10, II, "b", ADCT).

Ou seja, desde 2004, conforme demonstra a OJ-SDI1-88 supramencionada, a expectativa do presidente do TST, ministro Vantuil Abdala, é que, a partir de agora, os

sindicatos evitem fechar acordos que estabeleçam essa restrição. Havendo a tentativa dos representantes das entidades sindicais informarem as trabalhadoras sobre a necessidade de buscar os direitos na Justiça imediatamente e também orientá-las a comunicar aos patrões a gravidez.

A Orientação Jurisprudencial já tinha como principal escopo tirar a possibilidade da trabalhadora grávida receber a indenização ao estabelecer que “a ausência de cumprimento da obrigação de comunicar a empregadora o estado gravídico, em determinado prazo após a rescisão, conforme previsto em norma coletiva que condiciona a estabilidade a esta comunicação, afasta o direito à indenização decorrente da estabilidade”.

A estabilidade da gestante visa garantir, portanto, a permanência no emprego e não o direito a indenização por estar grávida, tendo em vista que a indenização só deve ocorrer em casos que já não seja mais possível voltar ao trabalho, durante o período de estabilidade. Por isso é permitido que a empregada gestante possa inclusive, pedir demissão no período em que esta estabilidade provisória e ao empregador não é obrigatório o pagamento de nenhum tipo de indenização, pois o motivo da demissão não é realizado pelo poder potestativo do empregador.

Questão esta que também atinge a seguinte dúvida: Gestante que recusava oferta de reintegração ao emprego tem direito de receber indenização substitutiva?

Segundo a ministra Maria Cristina Peduzzi, “ o artigo 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) assegura a estabilidade “sem exigir o preenchimento de outro requisito que não a própria condição de gestante”.

Segundo a ministra, em decisão unânime, relativa ao processo RR-10729-13.2017.5.03.0089, a desistência ou a ausência de pedido de reintegração e a recusa à oferta de reintegração em audiência não caracterizam abuso de direito e não afastam o pagamento da indenização relativa ao período estável.

Tendo em vista que para a gestante adquirir a estabilidade, basta ela afirmar ao empregador que se encontra grávida e que esta comunicação ocorra dentro do prazo de 30 dias, conforme determina a Lei 13.467/2017, não sendo elencado como requisito que a empregada apresente atestados, nem exames comprovando que de fato está grávida.

Nesse sentido, se houver a recusa da empregada para voltar ao labor, sob a justificativa de enfrentar gravidez de risco, não caracteriza abuso de direito e nem presumidamente um interesse exclusivamente pecuniário. Pois o que se visa com o

instituto da estabilidade provisória no que tange a gestante, é garantir o bom desenvolvimento do nascituro.

As mudanças por um lado, amplia alguns direitos da gestante, contudo restringe direitos para aquelas mães gestantes que são demitidas e que descubram a gestação em estágio avançado, (lê-se), 30 dias após a demissão. Cenário que pode ser palco de muitas controvérsias, tendo em vista que a estabilidade da gestante legalmente constituída no art. 10, II, b, ADCT, vai desde a confirmação da gravidez até 5 meses após o parto, tendo a Doutrina considerado o termo: “confirmação da gravidez” o momento em que a gestante descobre que está grávida, justamente para evitar o desamparo de uma gestante no momento em que ela mais precisa de proteção no seu emprego, até porque arranjar um novo emprego nessas condições, fica mais difícil.

4 LACTANTES: INTERVALO PARA AMAMENTAÇÃO

O aleitamento materno é de fundamental importância para a saúde da criança e conseqüentemente para a saúde da mãe. Inclusive a recomendação da Organização Mundial da Saúde (OMS), é de que bebês nos seis primeiros meses de vida tenham alimentação exclusiva do leite materno, sem inclusão de chás, água ou suco. Pois, o leite materno, contém todos os nutrientes necessários para suprir todas as necessidades vitamínicas do bebê.

Segundo a OMS, nos seis primeiros meses, o sistema digestivo da criança ainda não está completamente maduro para receber outros alimentos, além de não conseguir deglutir corretamente antes de aprenderem a sentar, correndo risco de ingerir outros alimentos e engasgar, sem falar que o leite materno é extremamente importante para fortalecer o sistema imunológico do bebê. O leite natural possui anticorpos da mãe, contém proteínas e também ajuda a regular o sono da criança.

Não obstante, um dos fatores que influenciam o desmame precoce é pelo fato da mãe trabalhar fora do lar. De acordo com Silva, (2009), a diminuição da duração da amamentação é determinada diretamente pelo trabalho da mulher e pelas condições concretas em que realiza, como por exemplo, o trabalho fora do lar e grandes distâncias, com horários rígidos, sem creches e sem intervalos para amamentar.

Nesse sentido, a CLT tratava em seu artigo 396, sobre os intervalos diários de meia hora para amamentar seus filhos, nos 6 primeiros meses de vida, com a finalidade de proteger a mãe e o seu bebê, podendo, inclusive ter esses intervalos alargados através de atestados médicos, a depender da condição de saúde da criança.

Art. 396. Para amamentar seu filho, inclusive se advindo de adoção, até que este complete 6 (seis) meses de idade, a mulher terá direito, durante a jornada de trabalho, a 2 (dois) descansos especiais de meia hora cada um. (Redação dada pela Lei nº 13.509, de 2017)

Parágrafo único - Quando o exigir a saúde do filho, o período de 6 (seis) meses poderá ser dilatado, a critério da autoridade competente.

§ 1º Quando o exigir a saúde do filho, o período de 6 (seis) meses poderá ser dilatado, a critério da autoridade competente. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 2º Os horários dos descansos previstos no caput deste artigo deverão ser definidos em acordo individual entre a mulher e o empregador. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017). (BRASIL, CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO, Decreto Lei nº: 5.452/43).

Esses intervalos de meia hora eram computados como horas trabalhadas. Maneira a qual de não ser visto como uma penalização a empregada lactante ter que

ficar 1 (uma) hora a mais no serviço, apenas para “compensar” o momento em que se dedicou a amamentar ou apenas ordenhar o leite natural.

Ademais, esse benefício era estendido à mãe adotiva, o que fortalece o entendimento que esse intervalo era destinado para a amamentação seja ela natural ou artificial, tendo em vista os descansos que eram destinados à amamentação, significando “alimentar e nutrir”.

De modo inclusivo, a legislação anterior, não especificava em que momento da jornada deveria ocorrer esses dois intervalos de meia hora cada. Situação que ficava para ser resolvido de comum acordo entre empregada e empregador, desde que o principal objetivo fosse privilegiar a amamentação, que era o foco do benefício desses intervalos.

Sendo que a inobservância desses intervalos geraria ao empregador pagamentos de multas, conforme disciplinado pela Portaria nº290/1997, que encara a supressão do intervalo, a infração administrativa, não gerando direito à hora extra.

Contudo, alguns julgadores previam que o descumprimento da obrigação de conceder o intervalo não pode ser visto como simples infração administrativa, pois se trata de desrespeito a um direito fundamental, previsto na legislação trabalhista, ratificando ser dever do empregador conceder à empregada mãe o intervalo para a amamentação de seu filho. Se não o fez, deve remunerar como extra o correspondente período que não ofertou o referido intervalo.

TRT-3 - RECURSO ORDINARIO TRABALHISTA RO 01972201107503009
0001972-82.2011.5.03.0075 (TRT-3)

Data de publicação: 07/12/2012

Ementa: INTERVALO PARA AMAMENTAÇÃO. NÃO CONCESSÃO. PAGAMENTO COMO HORA EXTRA. Dispõe o artigo 396 da CLT que "para amamentar o próprio filho, até que este complete 6 (seis) meses de idade, a mulher terá direito, durante a jornada de trabalho, a 2 (dois) descansos especiais, de meia hora cada um". A preposta ouvida neste processado confessou que não foi concedido o intervalo para amamentação à Reclamante. Destarte, em consonância com o que dispõe o referido dispositivo legal, a não concessão do aludido intervalo atrai o pagamento do período como hora extra. Não prospera a tese de que a violação do período de amamentação configuraria mera infração administrativa, porquanto se aplica à hipótese, por analogia, o disposto na Súmula nº 437 do TST e na OJ nº 355 da SDI-1, também daquela colenda Corte.

Ressalta-se que a licença maternidade é de no mínimo 120 dias e para as mães estatutárias Municipais/Estaduais/Federais – são de 180 dias. Contrassenso significativo, tendo em vista que a licença maternidade é o período destinado para que a mãe possa se recuperar do parto, bem como, a possibilidade de oferecer tempo e

condições de amamentar o seu bebê. Mas, esse período, impossibilita que a mulher possa dedicar-se exclusivamente a amamentar o seu bebê durante 6 (seis) meses, conforme determinação expressa da Organização Mundial da Saúde (OMS).

Com a Reforma Trabalhista de Lei 13.467/2017, houve uma flexibilização no que tange aos intervalos destinados a amamentação, não mudando o fato de a empregada lactante ter o direito a intervalos para a amamentação, mas ele pode ser fracionado conforme as necessidades da mãe e da empresa.

Art. 396. [reforma trabalhista 2017]

Para amamentar seu filho, inclusive se advindo de adoção, até que este complete 6 (seis) meses de idade, a mulher terá direito, durante a jornada de trabalho, a 2 (dois) descansos especiais de meia hora cada um. (Redação dada pela Lei nº 13.509, de 2017)

§ 1º Quando o exigir a saúde do filho, o período de 6 (seis) meses poderá ser dilatado, a critério da autoridade competente. (Renumerado pela Lei nº 13.467, de 13.7.2017)

§ 2º Os horários dos descansos previstos no caput deste artigo deverão ser definidos em acordo individual entre a mulher e o empregador. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 13.7.2017). (BRASIL, CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO, Decreto Lei nº: 5.452/43).

Logo, com a inclusão do § 2º, os horários para amamentação passam a ser definidos em acordo individual entre a mulher e o empregador, o que na prática não gera nenhuma novidade específica, tendo em vista que esse tipo de acordo já era realizado, mas agora existe uma regulamentação legal.

Seguindo esse raciocínio, se diz que é perfeitamente possível que durante o expediente, a lactante faça pausas para amamentação, acordando dessa forma com o seu empregador que possa sair 1 (uma) hora mais cedo ou até mesmo chegar 1(uma) hora mais tarde, tendo esse intervalo remunerado, tendo em vista que é destinado a amamentação do bebê.

Vale ressaltar, que o atestado médico emitido pelo profissional de confiança da lactante, a qual se refere o art. 394-A, III, CLT é o fator determinante para seu afastamento de locais insalubres durante a lactação.

De acordo com o art. 389, §§1º e 2º da CLT, empresas que possuam mais de 30 empregadas com mais de 16 anos de idade deverão manter locais destinados a amamentação, unidades que precisará manter no mínimo um berçário, uma sala de amamentar ou até mesmo uma instalação sanitária para esse fim, justamente para não constranger a lactante em ter que amamentar o seu bebê em local público.

Essas empresas só não deverão manter essas salas se “suprida por meio de creches distritais mantidas, diretamente ou mediante convênios, com outras entidades

públicas ou privadas, pelas próprias empresas, em regime comunitário, ou a cargo do SESI, do SESC, da LBA ou de entidades sindicais." Conforme redação expressa do parágrafo 2º do artigo 389 da CLT incluída pelo Decreto Lei nº 229 de 1967.

Sendo revogado apenas o parágrafo único do art. 389, CLT que previa lugares apropriados para deixar os filhos das suas empregadas sob o cuidado do estabelecimento, durante o período da amamentação:

Parágrafo único. Quando não houver creches que atendam convenientemente à proteção da maternidade, a juízo da autoridade competente, os estabelecimentos em que trabalharem pelo menos trinta mulheres, com mais de 16 anos de idade, terão local apropriado onde seja permitido às empregadas guardar, sob vigilância e assistência, os seus filhos no período de amamentação. (Revogado pela Lei nº 13.467, de 2017).

Além do mais, a Portaria do MTE- Ministério do Trabalho e Emprego nº 3.269/86, dispõe que as empresas poderão ainda fazer o pagamento das creches, através de reembolsos relativos aos gastos das suas empregadas com as creches. Verba essa que não possui natureza salarial, justamente para incentivar os empregadores a efetuar esse pagamento ou ser uma saída, para aqueles empregadores que podem não achar vantajoso, manter uma sala na sua empresa com essa finalidade.

A Reforma Trabalhista alterou um ponto muito importante no que tange ao intervalo para a amamentação para as mães adotivas. Agora se estende para a mãe que tenha um filho advindo da adoção, intervalos destinados à amamentação, pois, conforme dispõe o Obstetra, ginecologista e direito do Hospital Maternidade Santa Joana, Dr Alberto D'Auria aduz que: "amamentar não é somente colocar o bebê no bico do peito". Amamentar é acolher, é abraçar, é proteger, justamente por a legislação trabalhista atenta as mudanças sociais amplia de forma assertiva o mesmo intervalo para a amamentação para a mãe adotiva.

O intervalo para amamentação deve ser anotado no cartão de ponto da empregada que está amamentando. Na interpretação de muitos magistrados, a legislação abrange também a amamentação através de mamadeira. Assim, a mãe trabalhadora que não possui leite próprio e amamenta seu filho por meio de mamadeira também teria direito ao intervalo, já que o sentido da palavra "amamentar", contida na norma, seria o de "alimentar"... Com essas considerações, o juiz sentenciante condenou a empresa a pagar à trabalhadora uma hora extra diária, correspondente aos intervalos destinados à amamentação, nos termos do artigo 396 da CLT, desde o seu retorno ao trabalho após o término da licença-maternidade até a data em que seu filho completou seis meses de idade, acrescida do adicional convencional de 100%, com reflexo nas férias, FGTS com 40%, aviso prévio, repouso semanal remunerado e 13º salário. (Processo: 0148500-28.2009.5.03.0052 ED).

AMAMENTAÇÃO. INTERVALOS. O fato de a reclamante não amamentar seu filho não afasta o direito aos intervalos previstos no art. 396 da CLT. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. (Processo: AIRR 9071800132003504 9071800-13.2003.5.04.0900 – Relator (a): Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira – Publicação: DJ 05.12.2008).

Além do mais, resguarda o direito de amamentar das mães que não possuem leite próprio e estão amamentando seus bebês através de mamadeiras e não podem ser suprimidas do intervalo destinado a amamentação. Espelha-se inclusive na Decisão Judicial supramencionada *“O fato de a reclamante não amamentar seu filho não afasta o direito aos intervalos previstos no art. 396 da CLT”*.

Justamente, pelo fato do conceito de amamentar ser muito mais extenso do que apenas dar os seios com leite para o recém-nascido, foi que o art. 396 §1º da Reforma Trabalhista, prevê que se em razão de saúde da criança, o prazo de 6 (seis) meses precisar ser estendido por recomendação médica, esse prazo deve ser prorrogado, o que atesta a preocupação com o direito a maternidade.

Destaca-se ainda que embora os intervalos para amamentação sejam flexibilizados entre a empregada e o empregador, esses, devem ser anotados no cartão de ponto da empregada, justamente por serem concedidos dentro da jornada de trabalho, sem prejuízo ao intervalo para alimentação, Havendo a anotação no cartão de ponto desses intervalos previstos pela CLT, evita eventual condenação em caso de ação trabalhista de remuneração por supressão do intervalo de amamentação ou pagamento de horas extraordinárias, acrescida dos reflexos trabalhistas. Segundo as Jurisprudências abaixo:

NÃO CONCESSÃO DE INTERVALO PARA AMAMENTAÇÃO. HORAS EXTRAS - A não concessão do intervalo previsto no art. 396 da CLT acarreta os mesmos efeitos determinados no art. 71, § 4º, da CLT, aplicável analogicamente, sendo devido o tempo suprimido, acrescido do respectivo adicional de horas extras, e seus reflexos sobre verbas trabalhistas e rescisórias especificadas em sentença. Recurso Ordinário da ré ao qual se nega provimento. (Processo: RO 07249201501209001 PR 07249-2015-012-09-00-1 – Relator(a): Edmilson Antonio De Lima – Julgamento: 23.08.2016).

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014 . INTERVALO PARA AMAMENTAÇÃO. NÃO FRUIÇÃO. PAGAMENTO COMO EXTRA. Cinge-se a controvérsia acerca da consequência jurídica decorrente da não concessão do intervalo para amamentação no período de seis meses posteriores ao nascimento da criança, na forma do artigo 396 da CLT. Na hipótese em comento, foi consignado, na decisão recorrida, ser "incontroverso (...) que a autora não gozou a pausa prevista no art. 396 da CLT" . A jurisprudência desta Corte já vem se posicionando no sentido de que a ausência de fruição do intervalo previsto no artigo 396 da CLT deve ser remunerada como hora extra, por aplicação analógica do artigo 71, § 4º, da CLT. Precedentes. Recurso de revista

conhecido e provido. (Processo: RR 3446120145120056 – Relator(a): José Roberto Freire Pimenta - Julgamento: 14.09.2016).

INTERVALO PARA AMAMENTAÇÃO - AUSÊNCIA DE CONCESSÃO - PAGAMENTO COMO HORA EXTRA. Dispõe o artigo 396 da CLT que "para amamentar o próprio filho, até que este complete 6 (seis) meses de idade, a mulher terá direito, durante a jornada de trabalho, a 2 (dois) descansos especiais, de meia hora cada um". Evidenciada nos autos a ausência de concessão dos aludidos intervalos, cogente é a condenação da ré ao pagamento dos períodos como hora extra. (Processo: RO 01724201202103007 0001724-50.2012.5.03.0021 – Relator (a): Denise Alves Horta - Publicação: 26.07.2013).

Conforme posicionamento supramencionado, a jurisprudência considera que a ausência de fruição do intervalo previsto no art. 396 da CLT é contabilizado como hora extraordinária.

No que concerne a licença amamentação, independentemente da Reforma Trabalhista, anteriormente já não havia mesmo previsão legal referente a esse assunto na esfera trabalhista ou previdenciária, logo mesmo que o bebê necessite ficar internado 15 (quinze) dias a mais, na licença para amamentação, a empresa empregadora da lactante não será obrigada a aceitar o referido atestado.

Tendo em vista que esse período de 15 (quinze) dias referente à licença amamentação é de custo exclusivo do empregador, enquanto que a licença maternidade é custeada pela Previdência. De modo que o atestado médico para licença amamentação não se confunde com o atestado médico normal:

O atestado médico original de que trata o § 3º do art. 93 do RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/1999, deve ser específico para o fim de prorrogação dos períodos de repouso anteriores ou posteriores ao parto, e não para amamentação.

Destaca-se ainda que em casos excepcionais, os períodos podem ser aumentados em mais duas semanas anterior e posterior ao parto, mediante atestado médico específico que compreenda situações em que exista risco a criança ou a mãe, sendo que mesmo assim o atestado passará no crivo do INSS, se a empregada for assegurada, conforme redação do art. 93, § 3º. Decreto nº 3.048/1999.

O art. 473 da CLT, que dispõe os motivos em que o empregado de maneira geral, pode faltar trabalho sem serem descontados os dias em folha.

Art. 473 - O empregado poderá deixar de comparecer ao serviço sem prejuízo do salário: (Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)
I - até 2 (dois) dias consecutivos, em caso de falecimento do cônjuge, ascendente, descendente, irmão ou pessoa que, declarada em sua carteira de

trabalho e previdência social, viva sob sua dependência econômica; (Inciso incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

II - até 3 (três) dias consecutivos, em virtude de casamento; (Inciso incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

III - por um dia, em caso de nascimento de filho no decorrer da primeira semana; (Inciso incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

IV - por um dia, em cada 12 (doze) meses de trabalho, em caso de doação voluntária de sangue devidamente comprovada; (Inciso incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

V - até 2 (dois) dias consecutivos ou não, para o fim de se alistar eleitor, nos termos da lei respectiva. (Inciso incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

VI - no período de tempo em que tiver de cumprir as exigências do Serviço Militar referidas na letra c do art. 65 da Lei nº 4.375, de 17 de agosto de 1964 (Lei do Serviço Militar). (Incluído pelo Decreto-lei nº 757, de 12.8.1969)

VII - nos dias em que estiver comprovadamente realizando provas de exame vestibular para ingresso em estabelecimento de ensino superior. (Inciso incluído pela Lei nº 9.471, de 14.7.1997)

VIII - pelo tempo que se fizer necessário, quando tiver que comparecer a júri. (Incluído pela Lei nº 9.853, de 27.10.1999)

IX - pelo tempo que se fizer necessário, quando, na qualidade de representante de entidade sindical, estiver participando de reunião oficial de organismo internacional do qual o Brasil seja membro. (Incluído pela Lei nº 11.304, de 2006)

X - até 2 (dois) dias para acompanhar consultas médicas e exames complementares durante o período de gravidez de sua esposa ou companheira; (Incluído dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

XI - por 1 (um) dia por ano para acompanhar filho de até 6 (seis) anos em consulta médica. (Incluído dada pela Lei nº 13.257, de 2016). BRASIL, CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO, Decreto Lei nº: 5.452/43).

Destaca-se que dentre o elenco não existe nenhuma previsão no que tange a licença-amamentação, o que permite que o empregador possa descontar em folha de pagamento esses dias, mesmo mediante apresentação de atestado médico para licença amamentação. Conforme dispõe a Jurisprudência:

LICENÇA AMAMENTAÇÃO. Porque ausente previsão legal e normativa, o atestado médico que registra a necessidade de amamentação pela empregada de seu filho recém-nascido não impõe ao empregador a obrigação de abonar as faltas havidas no período alusivo. O afastamento autorizado na lei para a amamentação restringe-se àquele do artigo 396 da CLT. (...) (Processo: RO 40006220095040011 RS 0004000-62.2009.5.04.0011 – Relator (a): Fernando Luiz De Moura Cassal – Julgamento: 22.09.2011).

HORAS EXTRAS. PERÍODO PARA AMAMENTAÇÃO. O intervalo de amamentação, previsto no art. 396 da CLT, quando não respeitado, deve alcançar o mesmo tratamento dado ao intervalo intrajornada estabelecido no art. 71 da CLT. Recurso de Revista conhecido e não provido. (Processo: RR 1859 1859/2005-010-17-00.3 – Relator (a): José Simpliciano Fontes de F. Fernandes – Julgamento: 11.11.2009).

A maioria das jurisprudências inclina-se no sentido de que as faltas havidas no período alusivo restringem-se àquelas do artigo 396 da CLT.

5 LICENÇA MATERNIDADE

Na concepção de Sússekind *et al.* (2005), as normas de proteção à maternidade visam assegurar que a empregada “possa cumprir normalmente sua função de mãe”, garantindo o “bem-estar das futuras gerações”.

Licença-maternidade é a autorização dada à empregada para afastar-se do seu serviço por um determinado período, para exercer seu papel de mãe e cuidar do seu filho. Esse período de afastamento não pode ser descontado das férias da funcionária, deve haver o recolhimento do FGTS, e deve contar como tempo de serviço para todos os efeitos legais. (CUNHA, 2009).

A evolução histórica no que tange a inserção da mulher no mercado de trabalho trouxe consigo algumas normas importantes, para proteção da mulher no contexto jurídico. Uma das principais mudanças veio com a Lei nº: 10.421/2002, que igualou a licença-maternidade das mães adotivas e das mães biológicas. Contudo, o dosador da idade da criança, acabava incentivando uma discriminação na hora de adotar, pois para que houvesse a fixação dos dias afastados, tinha que saber a idade da criança.

Disserta Alice Monteiro de Barros:

O legislador inspirou-se mais nas relações domésticas (a mãe também se ocupa da criança adotada) e não na preocupação a respeito da repartição dos papéis familiares, pois se fosse essa a sua intenção, teria estendido também ao pai adotivo a licença obrigatória, que corresponde ao período pós-parto, como, acertadamente, já procedem as legislações dos países escandinavos, 20 da França, da Espanha, de Portugal, da Colômbia, da Venezuela e do Chile, para citar alguns exemplos. O legislador brasileiro poderia ter avançado mais, estendendo a licença também ao pai adotivo. (2009, p.1097-1098) Diante do exposto, ainda é necessário a positivação de alguns princípios constitucionais para o bem-estar social da mãe gestante.

Nesse sentido, através da Lei 12.010/2009, a CLT foi editada com escopo de que determinadas mulheres, não fossem impedidas de ter a licença maternidade pautada exclusivamente no fator “idade” da criança.

A licença- maternidade está prevista no art. 7º, inciso XVIII da CF/88, onde aduz que: “art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

Referindo-se a esse contexto Alice Monteiro de Barros aduz:

À luz da Constituição a empregada (urbana, rural, avulsa e doméstica) no ciclo gravídico-puerperal faz jus à licença-maternidade de 120 dias, devendo afastar-se entre o 28º dia antes do parto ou em ocorrência deste. O empregador e o órgão previdenciário arcarão com o pagamento do salário maternidade. Em casos excepcionais, os períodos poderão ser aumentados de duas semanas mediante atestado médico fornecido pelo SUS. (2011, p.69).

A licença-maternidade é um benefício previdenciário com o custo arcado pelo INSS e não pelo empregador, com o objetivo de não ocorrer à discriminação no mercado de trabalho com relação à mulher, pois se o custo da licença maternidade fosse integralmente bancado pelo empregador, esse poderia evitar ao máximo inserir mulheres no seu quadro de empregados, pois o que empresário visa é o lucro.

Tendo em vista que a licença-maternidade é paga pelo INSS, só faz jus quem é segurada, seja obrigatório ou não. Para as seguradas de filiação obrigatória, basta começar a exercer atividade remunerada, mesmo que a sua inscrição seja feita posteriormente e encontram-se nesse mesmo cenário: os empregados, empregados domésticos, trabalhadores avulso, contribuinte individual, segurados especiais e os segurados facultativos. Ressalta-se que o salário maternidade não se acumula com outro benefício por incapacidade.

No que concerne a extensão da licença maternidade para a família homoafetiva, o ordenamento jurídico tem tido como base o princípio da isonomia, tendo em vista que se não houvesse o reconhecimento da licença-maternidade para as uniões homoafetivas, haveria um ferimento não só ao princípio da igualdade, mas também um ferimento a dignidade da pessoa humana. Conforme relata Maria Berenice Dias:

Qualquer discriminação baseada na orientação sexual configura claro desrespeito à dignidade humana, o que infringe o princípio maior na constituição federal. Infundados preconceitos não podem legitimar restrições a direitos, o que acarretara estigmas sociais e fortalecer sentimentos a quem não teve a liberdade de escolher nem mesmo o destino de suas vidas. (DIAS, 2006, p.82).

Logo, se a união homoafetiva é tida como entidade familiar e sendo a licença maternidade um direito da família, não seria razoável criar uma barreira de discriminação aos parceiros homoafetivos e nem seria relevante para criança que esta sendo adotada, ser privada de uma relação mais afetiva com o casal no momento da sua adoção. Com o objetivo de criar mais afinidades e laços, até porque se foi estendido à mãe adotante, sob a justificativa dos argumentos retromencionados, nada mais justo que seja estendido também aos casais homoafetivos, já que os objetivos são os mesmos.

De acordo com o Decreto nº3048/99, o prazo do salário maternidade é de 120 dias, tendo seu início 28 dias antes do parto e 91 dias pós-parto, podendo inclusive ter esse prazo prorrogável, atendendo o que prevê o parágrafo terceiro do referido decreto, a exemplo da segurada especial, para fazer jus à licença maternidade ter que comprovar a atividade rural nos últimos 10 meses anteriores da data do parto ou do requerimento do benefício. Se por acaso o parto seja antecipado, o benefício terá 120 dias como garante a Constituição Federal.

No caso de aborto involuntário, a licença maternidade terá apenas duas semanas, sendo importante considerar que o INSS considera aborto o evento ocorrido antes do sexto mês (vigésima terceira semana) da gestação e parto sem vida, se ocorrer a partir de então, vez que a empregada gestante, mesmo parindo um bebê natimorto, tem direito à licença maternidade de 120 (cento e vinte dias) e à estabilidade de 5 (cinco) meses. Com fulcro no art. 93, § 5º, do Decreto nº 3.048/99 – Regulamento da Previdência Social.

Segundo o art. 391-A, CLT, a empregada que adotar ou no caso guardiã (o) judicial, também tem direito ao salário maternidade não se observando mais o requisito referente à idade, a empregada ou empregado que adotar ou obtiver guarda judicial pra fins de adoção de criança será concedida licença-maternidade de 120 dias, independentemente da idade da mesma. Não havendo mais nenhuma distinção no que tange a prazos, da mãe adotante e da mãe biológica.

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. LICENÇA ADOTANTE. INÍCIO DO GOZO. EFEITOS RETROATIVOS. IMPOSSIBILIDADE. PREJUÍZO AO SERVIDOR. MUDANÇA DO DIES A QUO. EQUIPARAÇÃO À LICENÇA MATERNIDADE. 120 DIAS E PRORROGAÇÃO. POSSIBILIDADE. CONCESSÃO. RECURSO QUE SE DÁ PROVIMENTO. 1. Quando a Administração se depara com fatos nunca antes apreciados, não há como fixar mesmos ônus aos fatos já corriqueiramente experimentados; 46 2. Fixação de início de Licença a partir da data de expedição do Termo de Guarda ou Adoção: possibilidade para casos futuros e impossibilidade no presente caso. Prejuízo ao servidor e ao adotado; 3. Mudança do dies a quo para momento que tomou conhecimento inequívoco da decisão da Administração. 4. O destinatário do direito a licença a adotante não é outro senão o adotado, e é exatamente por isso que independe do sexo do adotante 5. Noutro ponto, é corolário lógico, a partir da promulgação da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, da isonomia de tratamento dispensado aos filhos legítimos, ilegítimos e adotados (art. 227, § 6º), bem como a mãe biológica e à mãe adotante, extensível ao pai solteiro adotante, que por sua vez concentra, numa só pessoa, a figura paterna e materna. Períodos de licenças diferenciados incontrovertidamente injustificados. 6. Equiparação de períodos possível a partir da interpretação das normas de direito público de proteção da criança. 7. Tem o servidor público solteiro direito a licença adotante de 120 (cento e vinte) dias e mais a possibilidade de prorrogação por 60 (sessenta) dias, nos moldes traçados pelo Art. 207 da Lei nº 8.112/90 c/c alínea a, inciso I, parágrafo 3º, do art. 2º do Decreto Federal nº 6.690/08. 8. Recurso que se dá

provimento. (TRE – PA. Recurso Administrativo 4588. Rel. Ezilda Pastana Mutran, j. em 26/06/2012).

Não importa se a criança ou o adolescente são adotados por uma mãe solteira, um pai solteiro, um casal hétero ou homoafetivo, o período de licença deve ser o mesmo em qualquer caso, porque o objetivo principal é o cuidado com o adotado, que precisa de tempo para criar laços com o adotante e adaptar-se à nova família. (KOTH, 2013, p. 36).

Cabe ressaltar, que embora o salário maternidade seja pago pelo INSS, pois a maioria das seguradas está no perfil dos artigos 94, 100 ou 101 do Decreto Lei nº: 3.048/99, contudo para algumas seguradas empregadas, o valor da licença maternidade é de acordo com a sua remuneração, sob o ponto de vista da aritmética, sendo esse benefício pago pelo seu empregador.

Em caso de morte da genitora, a licença maternidade pode ser estendida, inclusive para o sexo oposto, se este for segurado da previdência social, conforme previsto no dispositivo 392 B e C, CLT.

Art. 392-B. Em caso de morte da genitora, é assegurado ao cônjuge ou companheiro empregado o gozo de licença por todo o período da licença-maternidade ou pelo tempo restante a que teria direito a mãe, exceto no caso de falecimento do filho ou de seu abandono. (Redação dada pela Lei nº 12.873, de 2013) (Vigência)

Art. 392-C. Aplica-se, no que couber, o disposto no art. 392-A e 392-B ao empregado que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção. (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013). (BRASIL, CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO, Decreto Lei nº: 5.452/43).

Atualmente, o princípio da igualdade de gênero vem ganhando força na contemporaneidade, que tem sido pauta a extensão da licença paternidade, tendo em vista que a licença paternidade é de 5 (cinco) dias, podendo ser de 20 (vinte) dias se a empresa for inscrita no programa empresa cidadã. Contudo, conforme dispõe o artigo 392-B, o cônjuge ou companheiro pode gozar do tempo restante da licença maternidade ou até do período completo se a mãe falecer, de modo que põe à baila a discussão da igualdade de direitos entre a licença maternidade e a licença paternidade.

Primeiro porque as licenças maternidade e paternidade estão previstas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR 88), em seu artigo 7º, dentro do rol dos direitos sociais, respectivamente nos incisos XVIII e XIX, com prazo

de 120 dias, para a licença maternidade prevista expressamente, enquanto que a licença paternidade é para esta prevista em lei.

Tal diferenciação implica inclusive na contratação e inserção de mulheres no mercado de trabalho, porque embora a licença maternidade seja paga pela previdência com o intuito de promover a igualdade de homens e mulheres nos contratos laborais, a licença paternidade chega a ser 24 (vinte e quatro) vezes menor do que a licença maternidade. O que se distancia dos princípios constitucionais de dignidade da pessoa humana, de proteção à família e principalmente do tão desejável princípio da igualdade.

Sem contar que o objetivo maior da licença maternidade e/ou paternidade é justamente a proteção especial da criança, bem como promover os cuidados iniciais da criança com a promoção de laços e vínculos afetivos com a formação daquela nova família, seja ela adotiva ou não. Tendo em vista que a família agora é vista sob a ótica da afetividade, nas palavras de Maria Berenice Dias “[...] existe uma nova concepção de família, formada por laços afetivos de carinho e de amor” (DIAS, 2009).

Logo, as licenças são um direito fundamental dos filhos e da família, não devendo ser vinculado as características biológicas dos seus genitores, tão certo que atualmente se reconhece esse fundamento que se concede licença-maternidade para casais homoafetivos, bem como se estende a licença maternidade para o cônjuge ou companheiro que se segurado também a previdência social, em caso de morte da genitora, assegurando assim o gozo do restante da licença maternidade.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ARTIGO 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. LICENÇA-PATERNIDADE NOS MOLDES DO SALÁRIO-MATERNIDADE. CONCESSÃO DA TUTELÇA ANTECIPADA MANTIDA. ARTIGO 273 E INCISOS DO CPC. ARTIGOS 226 E 227 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 44 1- O risco de dano irreparável ou de difícil reparação é evidente, tendo em vista a situação *sui generis* em que o autor se encontra e considerando a proteção que a Constituição Federal atribui aos direitos da personalidade (vida e integridade). 2- O salário-maternidade, na dicção do artigo 71 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, é devido às seguradas da Previdência Social durante o período de 120 (cento e vinte) dias, sendo que o início desse benefício deve ocorrer 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 à maternidade. 3- No caso concreto, deve ser levado em conta o verdadeiro objetivo da licença-maternidade e do salário-maternidade que é a proteção do menor. Nada mais razoável que conceder o benefício previdenciário ao pai viúvo, que se deparou com um filho recém-nascido, alijado da proteção e dos cuidados maternos pelo óbito da mãe, sua companheira, em decorrência de complicações pós-parto. 4- Nesta situação, este pai deverá exercer além de suas funções, também as funções que seriam esperadas de sua esposa, em esforço hercúleo para suprir tal ausência, tanto fisicamente quanto emocionalmente, nos cuidados ao seu filho,

que agora depende única e exclusivamente do agravado, em todos os aspectos. 5- O art. 226 da CF estabelece que a família, base da sociedade, goza da proteção especial do Estado. A proteção à infância faz parte dos Direitos Sociais, expressos no Art. 6º da Carta Magna. (TRF 3ª Região - Agravo de Instrumento. AI 36057 SP 0036057- 75.2012.4.03.0000. Sétima Turma. Rel. Des. Fed. Fausto de Sanctis, j. em 20/10/2013).

Destarte, considerando o novo conceito de família, a proteção integral da criança e do adolescente e o princípio basilar da dignidade da pessoa humana são necessários realizar uma nova interpretação, conforme a Constituição, dos institutos da licença maternidade e paternidade.

Pelo uso da analogia o TRF3 também concedeu a transferência da licença-maternidade para crianças que foram abandonadas pela mãe logo nos primeiros dias de vida, tendo em vista que o principal objetivo da licença maternidade é justamente o cuidado e proteção à criança.

PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE SALÁRIO MATERNIDADE PARA O PAI DAS CRIANÇAS. ANALOGIA. I - Considerando-se que o salário-maternidade não é um benefício destinado à mãe segurada, mas sim à proteção da criança em seus primeiros meses de vida, impõe-se ratificar o entendimento do r. Juízo a quo, no sentido de que aplica-se in casu o princípio constitucional da isonomia para que a criança que não pode ter os cuidados e a atenção de sua mãe em seu início de vida, possa receber esses cuidados de seu pai, que não seriam integrais, caso não lhe fosse concedido o benefício em epígrafe. 45 II - Apelação do INSS improvida. (TRF 3ª Região - Apelação Cível. AC 1684 SP 0001684-04.2011.4.03.6127).

5.1 Empresa Cidadã

O programa Empresa Cidadã foi originado através da Lei 11.770/2008 e depois de regulamentado pelo Decreto nº 7.052/2009, na qual se destina estabelecer a possibilidade de majoração da duração da licença maternidade, bem como da licença paternidade em troca de incentivos fiscais.

Inicialmente era estabelecido que esse benefício somente alcançasse beneficiárias mulheres, que recebiam as prorrogações da licença maternidade de 60 (sessenta dias), bem como previa também que esse tipo de extensão abarcava as beneficiárias mulheres que adotavam crianças ou estava sob a guarda judicial destas.

Contudo, a Lei nº: 11.770/2008 foi revogada em parte por força da Lei 13.257/2016, na qual previa o acréscimo de 60 (sessenta) dias de prorrogação para as mulheres, bem como adicionar a título de licença paternidade (quinze) dias, além dos 5 (cinco) que já eram previstos anteriormente.

Embora a lei tivesse sido promulgada, está só passou a produzir seus efeitos após a Instrução Normativa nº 991/2010, tendo em vista que as empresas do setor público puderam aproveitar os benefícios que já surtiam efeitos no setor privado, com fulcro no art. 2º: “É a administração pública, direta, indireta e fundacional, autorizada a instituir programa que garanta prorrogação da licença-maternidade para suas servidoras, nos termos do que prevê o art. 1º desta Lei.”

Nesse diapasão, mesmo os empregados que tiverem as suas licenças-maternidade prorrogadas para 180 dias, a sua remuneração durante todo o período será paga pela Previdência Social.

Art.3º Durante o período de prorrogação da licença-maternidade e da licença-paternidade. I - a empregada terá direito à remuneração integral, nos mesmos moldes devidos no período de percepção do salário-maternidade pago pelo Regime Geral de Previdência Social (RGPS); II - o empregado terá direito à remuneração integral.

Como o objetivo do Legislador é que os pais possam dedicar mais o seu tempo a criança, durante a extensão da licença, os pais não podem exercer outra atividade. Tanto que no serviço público e no setor privado, se a regra for descumprida, a funcionária perde o direito à prorrogação, sendo também vedado manter a criança em creche, tendo em vista que a criança deve ser mantida sobre os cuidados dos pais durante esse período.

Para que a extensão do período da licença-maternidade fosse um atrativo para as empresas, o legislador permitiu deduzir impostos para as empresas que aderirem ao programa “empresa cidadã”, visto que a inscrição é facultativa, conforme prevê o art. 5º da Lei 11.770/08:

Art. 5º A pessoa jurídica tributada com base no lucro real poderá deduzir do imposto devido, em cada período de apuração, o total da remuneração integral da empregada e do empregado pago nos dias de prorrogação de sua licença-maternidade e de sua licença-paternidade, vedada a dedução como despesa operacional.

Contudo, empresas que são adeptas a modos de Tributação mais simples, como por exemplo: o Simples Nacional, que por si só já possui um custo de tributo mais favorável, logo não poderão se inscrever ao programa “Empresa Cidadã”, que, por conseguinte, não poderá estender o período de licença-maternidade aos seus funcionários, tendo em vista que apenas as empresas tributadas por meio do lucro real são adeptas a deduzir os impostos, se inscreverem no programa.

Porém se o intuito do programa é a proteção da criança, para que ela possa desenvolver um melhor sistema imunológico durante os seus primeiros meses de vida, além de melhorar o vínculo afetivo na família, é controverso o fato de só poder se inscrever no programa empresas nas quais são tributadas por meio do lucro real, uma vez que não tem como alargar para todas as empresas o benefício e, por conseguinte não haverá facilitação da amamentação exclusiva do bebê durante seus primeiros 6 meses de vida, conforme é orientado pela OMS.

5.2 Licença maternidade no âmbito da Consolidação das Leis do Trabalho

Ao longo da História, mesmo após a Constituição Federal de 1988, a CLT tinha a previsão de 12 (doze) semanas de afastamento do labor, a título de licença maternidade, sendo que 4 (quatro) semanas era antes do parto e 8 (oito) semanas após o nascimento do bebê, com a promulgação da Lei nº: 10.421/2002, houve a ratificação da CLT do quanto previsto na Constituição Federal. E foi somente em 2002, que a CLT passou a dispor sobre 120 (cento e vinte) dias de licença maternidade, concordando assim com o direito que a Constituição Federal já previa.

Em 2013, houve outra mudança significativa na CLT, pois foi acrescentado ao art. 392-A que a trabalhadora que adotasse ou obtivesse a guarda judicial de uma criança, de até 1 (um) ano esta teria o período da licença maternidade de 120 (cento e vinte) dias, se a criança tivesse de 1(um) a 4 (quatro) anos, o período de licença seria de 60 (sessenta) dias e se a criança de 4 (quatro) a 8 (oito) anos de idade a licença maternidade seria de 30 (tinta) dias e se a criança tivesse mais de 8 (oito) anos de idade não havia possibilidade de usufruir da licença maternidade.

A lei 10.421, de abril de 2002, equiparou ao parto o ingresso da criança adotada no lar, fixando os limites de idade com referencia às exigências físicas e afetivas do adotado. O legislador inspirou-se mais nas relações domésticas (a mãe também se ocupa da criança adotada) e não na preocupação a respeito da repartição dos papéis familiares, pois se fosse essa a intenção, teria estendido também ao pai adotivo a licença obrigatória, que corresponde ao período pós-parto.

Logo, a lei supramencionada aumentou os direitos da família que adota ou que detém guarda judicial de alguma criança, considerando a importância do cuidado da mãe em relação à criança que adentra este novo lar, concedendo assim a licença maternidade de 120 dias independentemente da idade da criança e levando em conta

as mudanças sociais, apóiam a adoção de casais homoafetivos, porém só permitindo que se conceda a licença maternidade para um dos adotantes.

A extensão do direito à licença maternidade ao companheiro, esposo da empregada que veio a falecer foi incluída pela CLT pela Lei 12.873/13, que diz que o companheiro/ esposo poderá gozar do período não gozado pela genitora/ Adotante da licença maternidade, tendo em vista que o objetivo da lei é proteger a criança, que precisa de cuidados especiais, primordialmente nos primeiros meses de vida.

Ressalta-se que quanto a remuneração da licença maternidade a empregada fará jus ao salário integral ou, caso receba de forma variável, será efetuado uma média salarial dos últimos 6 meses, incluindo eventuais direitos e vantagens. Com a Reforma Trabalhista, esses direitos continuam assegurados e são de caráter irrevogável, ou seja, a licença maternidade continua sendo de 120 dias, podendo ser estendidos para 180 dias, às empresas que se inscreverem no plano “Empresa Cidadã” e para as funcionárias públicas permanecem 180 dias de licença.

O benefício da licença maternidade, agora é realizado de forma automática, sem precisar que as mães se dirijam as unidades de atendimento do INSS, bastando que os bebês sejam registrados nos Cartórios e em até 48 horas a mãe já estará apta para receber o benefício. Isso porque os sistemas dos cartórios estão completamente integrados ao Banco de dados do INSS, otimizando ainda mais o recebimento da licença-maternidade.

6 A REFORMA TRABALHISTA

A Reforma Trabalhista aprovada em 2017 através da Lei 13.467/2017, que entrou em vigor em 11 de novembro de 2017, mexendo com mais de 100 dispositivos da CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas), alterando todo o sistema trabalhista tradicional, impactando de maneira direta, o trabalho da mulher, incluindo dessa forma a gestante e lactante, sendo inevitável que nesse rol, trate-se também do nascituro ou do recém-nascido.

Além do mais, existem alterações que não são direcionadas especificamente para mulher, mas para os trabalhadores em geral, que por efeito, atinge a mulher de maneira significativa, não pelo simples fato de ser mulher, mas por ser trabalhadora, como por exemplo, alterações na Lei do FGTS e de custeio da Previdência Social, inclusive no que tange aos termos de proteção à maternidade, sob a justificativa da redução efetiva da desigualdade de gênero no mercado de trabalho.

Os Sindicatos de algumas categorias, já se pronunciaram no sentido de dizer que a Reforma trabalhista elimina Direitos. Sendo que na visão do Presidente Michael Temer, a Reforma Trabalhista é uma evolução nas relações de trabalho e emprego do País. Embora o objetivo tenha sido reduzir a desigualdade do trabalho de homens e mulheres. Diante do cenário atual, o Brasil está longe de alcançar essa realidade.

Uma das principais mudanças da Reforma Trabalhista trouxe para a mulher à supressão dos 15 minutos de intervalo antes de iniciar a prestação de serviços de horas extras. Tal modificação veio com fulcro no princípio da isonomia, descrito no art. 5º, I, CF/88, tendo em vista que esse intervalo de 15 minutos foi inserido na CLT de 43 numa época em que a mulher tinha a necessidade desse intervalo para pedir autorização aos seus maridos para que pudessem ficar no trabalho até mais tarde.

Contudo, a interpretação desse disposto foi extensiva durante todos esses anos, porque mesmo as mulheres não precisando mais de autorização dos seus maridos para que continuasse no trabalho, esse intervalo era de extrema importância para efeito de higiene e saúde, conforme prevê alguns julgados sobre o caso:

RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAS. MULHER. INTERVALO DE 15 MINUTOS PREVISTO NO ARTIGO DA CLT. POSSIBILIDADE. 1. O Colegiado de origem entendeu que a Constituição Federal de 1988 recepcionou o art. 384 da CLT, que trata do intervalo de 15 minutos obrigatório antes da realização de trabalho extraordinário pelas mulheres. 2. O acórdão regional está em harmonia com a decisão proferida pelo Tribunal Pleno do TST, no julgamento do TST-IIN-RR- 1.540/2005-046-12-00.5, no sentido de que o art. 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição da

República. Óbice da Súmula nº 333 e do artigo 896, § 4º, da CLT. Precedentes. Recurso de revista não conhecido. (TST - RR: 16226420125010027, Relator: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 22/10/2014, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/10/2014).

RECURSO DE REVISTA DA RECLAMANTE HORAS EXTRAORDINÁRIAS. INTERVALO INTRAJORNADA. ARTIGO 384 DA CLT. DIREITO DO TRABALHO DA MULHER. PROVIMENTO. Por disciplina judiciária, curvo-me ao entendimento do Tribunal Pleno desta Corte que, reconhecendo a constitucionalidade do artigo 384 da CLT de que trata do intervalo de 15 minutos garantido às mulheres trabalhadoras antes da prestação de horas extraordinárias, considerou que a concessão de condições especiais à mulher não fere o princípio da igualdade entre homens e mulheres contido no artigo 5º, I, da Constituição Federal. Desse modo, não sendo concedido o referido intervalo, são devidas horas extraordinárias a ele pertinentes. Precedentes desta Corte. Recurso de revista conhecido e provido. A (TST - ARR: 5320920135150120, Relator: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 11/02/2015, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20/02/2015).

ARTIGO 384 DA CLT. INTERVALO DE 15 MINUTOS PARA MULHERES ANTES DO LABOR EM SOBREVORNADA NÃO GOZADO. PAGAMENTO COMO HORAS EXTRAS. ARTIGO 71, § 4º, DA CLT. Esta Corte possui entendimento pacificado de que o artigo 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, conforme sedimentado no julgamento do Processo nº TST-IIN-RR- 1.540/2005-046,12-00.5, ocorrido na sessão do Tribunal Pleno em 17/11/2008. Homens e mulheres, embora iguais em direitos e obrigações, diferenciam-se em alguns pontos, a exemplo do aspecto fisiológico, merecendo, assim, a mulher um tratamento distinto quando o trabalho lhe exige um desgaste físico maior, como nas ocasiões em que presta horas extras, motivo por que são devidas como extras as horas decorrentes da não concessão do intervalo previsto no artigo 384 da CLT. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR: 2683320125090010, Data de Julgamento: 18/05/2015, Data de Publicação: DEJT 05/06/2015).

Logo, a supressão desse artigo na lei, retira direitos tendo em vista que por inúmeras vezes esse dispositivo foi levado aos Tribunais, utilizando justamente o argumento que leva a supressão do artigo, que seria a igualdade de Direitos entre o homem e a mulher. E o STF, julgando inclusive ações do cotidiano, sempre entendeu não ser inconstitucional, justamente porque a mulher tem menor resistência física e necessitava desse intervalo de 15 minutos antes das horas extras.

6.1 Multa por diferença salarial

A Lei nº: 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) incluiu o § 6º, no art. 461 da CLT, que trata mais especificamente do abismo salarial, tentando que haja uma redução nas desigualdades no que tange a contratação de homens e mulheres ou etnia. Essa lei, tenta estimular as empresas a diminuírem a desigualdade de gênero ou de etnia,

fixando uma multa, no valor da metade do teto dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, em favor do empregado que está sendo vítima de discriminação por motivo de sexo ou etnia, assegurando ainda pagamento das diferenças salariais devidas.

Art. 461. Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, no mesmo estabelecimento empresarial, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, etnia, nacionalidade ou idade. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 6º No caso de comprovada discriminação por motivo de sexo ou etnia, o juízo determinará, além do pagamento das diferenças salariais devidas, multa, em favor do empregado discriminado, no valor de 50% (cinquenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017). (BRASIL, CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO, Decreto Lei nº: 5.452/43).

Com o acréscimo do §6º, 461 da CLT, o legislador quis tornar gravoso, atraindo como um caráter sancionatório, a fixação de multas para empregadores que deixem de contratar ou contratem e demitam o empregado por motivo de sexo ou pela etnia, tentando desconstruir em uma sociedade que historicamente tem uma carga pesada de discriminação no mercado de trabalho relativa a mulheres e a negros, além de ser uma dupla punição – pagamento de diferenças salariais e multa – em virtude do mesmo fato gerador.

Ressalta-se que o direito ao recebimento das diferenças das parcelas salariais, não dificulta a condenação do empregador ao pagamento de indenização por danos morais em razão da prática discriminatória, conforme dispõe art. 1º, nº: 9029/95, tendo recentíssimo caso sendo julgado ainda aguardando desfecho, observa-se que:

Andamento do Processo n. 0025226-42.2016.5.24.0005 - RTOOrd - 28/08/2018 do TRT-24

Consolidadas sob a vigência da norma revogada, conforme art. 6º da Lei 13.467 /2017 combinado com os artigos 14 e 15 do CPC... OCUPACIONAL. INDENIZAÇÃO ESTABILITÁRIA. DANOS MORAIS. Segundo prevê o art. 118 da Lei nº 8.213 /91, o segurado... ou desencadeadas em função do trabalho (BRASIL, Lei 8.213 /91, art. 20).

6.2 Teletrabalho:

A nova Lei trabalhista veio regulamentar uma modalidade de trabalho que já era uma realidade constante no Brasil: o teletrabalho, também conhecido como *home officie*, que versa uma prestação de serviço que seja realizada fora da empresa, mas

que não se confunde com trabalho externo, tendo em vista que o trabalhador externo trabalha fora da empresa porque a natureza do seu serviço exige isso, como por exemplo: os operadores de instalação de TV a cabo e telefonia.

A Reforma utiliza a nomenclatura teletrabalho para se referir ao *home office*, e define o modelo de trabalho da seguinte forma:

Art. 75-B: A prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo. (BRASIL, CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO, Decreto Lei nº: 5.452/43).

Até antes da Reforma Trabalhista a única regulamentação que citava essa modalidade de trabalho era a Lei nº: 2011, que afirmava: “quem exercia atividade *home office*, tinha os mesmos direitos previstos na CLT”, espaço muito vago que gerava uma insegurança jurídica para o empreendedor que quisesse contratar desta forma, o que vinha prejudicando empregados e empregadores que pretendiam adotar esta forma de trabalho.

Primeiro ponto que a Reforma Trabalhista trouxe no que tange ao tema teletrabalho, foi a questão da jornada, que aduz que o empregados contratados nessa modalidade de trabalho, não estariam sujeitos a controle de ponto e, por conseguinte não tendo como questionar sobre jornadas extraordinárias, que por sua vez, o empregador não haveria de falar em suspensões, advertências ou descontos salariais sob a justificativa de atrasos.

No entanto o Ministério Público já se posicionou de encontro a essa regulamentação, no que tange a jornada, tendo em vista que de acordo com os atuais meios tecnológicos, seria possível sim o controle de jornada de um empregado *home officie*.

Desde 2011 ao teletrabalhador são assegurados os direitos previstos na CLT. Dentre eles o de ter assinada a sua Carteira de Trabalho. Com a Reforma Trabalhista o que muda são os contratos de trabalho dessa modalidade, tendo em vista que as cláusulas serão desenvolvidas de acordo com cada necessidade de empregado e empregador, estabelecendo inclusive se o trabalho será exercido integralmente fora das dependências do empregador ou se haverá a necessidade de o empregado ir até a empresa em alguns momentos para exercer alguma atividade específica como treinamentos ou reuniões, sem que isto descaracterize o regime de teletrabalho. Além

de definir sobre fornecimento de equipamentos e sobre a infraestrutura necessária para realização do trabalho:

Art. 75-C da CLT, a prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado. Além disso, “as disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito. (BRASIL, CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO, Decreto Lei nº: 5.452/43).

Momento em que O MPT – Ministério Público do Trabalho exige parecer contra a essa regulamentação também, tendo em vista, que o empregador colocando no contrato de trabalho que o teletrabalhador deverá arcar com a infraestrutura necessária para a prestação do trabalho remoto. Esse estaria transferindo para o empregado, a responsabilidade do empregador com custos e riscos pertinentes a atividade econômica.

Ressalta-se também, que essa modalidade de emprego não é irretratável, o que significa dizer que uma vez o empregado contrato na modalidade *home office*, esse pode ser transferido para a modalidade presencial e vice-versa, desde que isso esteja previsto expressamente no contrato de trabalho elaborado entre o empregado e o empregador.

No que tange as gestantes e lactantes, a justificativa é que essa modalidade de emprego seria extremamente viável, pois assim a mãe teria mais tempo com seu filho, sem perder tempo com deslocamento, porém sabe-se que não tem como medir esse tipo de circunstância.

Embora a mãe esteja em sua casa, ela estará de fato trabalhando e não com tempo para seus filhos, além de não possuir, via de regra, uma jornada de trabalho controlada por cartões de ponto, o que pode piorar a questão do tempo, inclusive das pausas para amamentar que está prevista também na lei da Reforma Trabalhista, questão de não ter que se deslocar para o trabalho não necessariamente significa mais tempo com o bebê, pois as metas de trabalho estarão ali na sua própria casa, sem ter que se deslocar pra isso.

6.3 Jurisprudências sobre os impactos da Reforma Trabalhista

A Reforma Trabalhista passa a prever que as súmulas e outros enunciados de jurisprudências editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho, não poderão restringir direitos legalmente previstos, nem criar obrigações que não estejam previstas em lei, descrito no art. 8º, § 2º, da CLT. Contudo, destaca-se que as fontes do Direito não são compostas somente pela Lei, o que significa que a jurisprudência tem um papel super importante quando o assunto é Justiça do Trabalho. Pois vem adequar a interpretação legal ao caso concreto, respeitando princípios constitucionais e infraconstitucionais.

Logo, a função da jurisprudência é aplicar à ordem jurídica em consonância a evolução social e preceitos legais, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa para que o direito não seja algo engessado, mas sim, que atinja o seu principal objetivo que é dirimir litígios.

Porém o art. 8º, CLT, incluído pela Reforma Trabalhista, determina que a Justiça do trabalho deve analisar exclusivamente, a conformidade dos elementos quando dispõe de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, baseado na fonte do negócio jurídico, previsto pelo art. 104 do código civil que o fundamento predominante é a autonomia da vontade.

Sendo que as negociações coletivas são negócios jurídicos com eficácia normativa atendendo a todos os elementos essenciais como: vontade, partes capazes, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou defesa em lei, com fulcro no art. 7º, XXVI, CF, assegurando direitos ao reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho.

Art. 611-B. [reforma trabalhista 2017]. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos: (Incluído pela Lei nº 13.467, de 13.7.2017. (BRASIL, CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO, Decreto Lei nº: 5.452/43).

Conforme supramencionado o *princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva*, não afasta a possibilidade de invalidação do acordo ou convenção coletiva pela Justiça do Trabalho, quando desrespeitados os seus requisitos formais e materiais de validade.

Nesse sentido, o art.702, I, alínea f, CLT da Lei 13.467/2017, prevê que compete ao Tribunal Pleno Superior do Trabalho incluir, modificar enunciados de jurisprudências uniforme, bem como Súmulas, que devem ser sempre públicas, divulgadas com no mínimo 30 dias de antecedência para possibilitar a sustentação

oral do Procurador-Geral do trabalho, Conselho Federal da OAB, Advogado Geral da União e por confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional, sessões essas que devem seguir o procedimento de 2/3 de seus membros se a matéria já havia sido decidida por unanimidade e pelo menos 10 sessões diferentes de 2/3 das turmas se a maioria desses membros decidirem restringir os efeitos da declaração pata que surta efeitos a partir da sua publicação no Diário Oficial, em respeito ao princípio da publicidade.

Art. 702 - Ao Tribunal Pleno compete: (Redação dada pela Lei nº 2.244, de 23.6.1954) (Vide Lei 7.701, de 1988)

I - em única instância: (Redação dada pela Lei nº 2.244, de 23.6.1954)

f) estabelecer ou alterar súmulas e outros enunciados de jurisprudência uniforme, pelo voto de pelo menos dois terços de seus membros, caso a mesma matéria já tenha sido decidida de forma idêntica por unanimidade em, no mínimo, dois terços das turmas em pelo menos dez sessões diferentes em cada uma delas, podendo, ainda, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de sua publicação no Diário Oficial; (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017).

Logo, para que haja alterações de Sumulas e enunciado de jurisprudências trabalhistas, está mais difícil, conforme supramencionada no art. 702, I, F, CLT, tendo que seguir um rol de legitimados pra sustentação oral.

Com objetivo de levantar questionamentos de como serão as decisões dos Tribunais a partir da Reforma Trabalhista na Vida da Gestante e da Lactante:

RECURSO ORDINÁRIO. DISPENSA IMOTIVADA. EMPREGADA GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. RECONHECIMENTO. A disposição contida na alínea b, inciso II, art. 10 do ADCT da atual Constituição Federal tem como fim a proteção da proteger a mulher grávida da dispensa imotivada. O referido dispositivo legal é expresso ao vedar a dispensa arbitrária ou sem justa causa de empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, sendo, portanto, o empregador responsável pelos salários e demais direitos decorrentes do contrato de trabalho durante o período de estabilidade. Cumpre destacar, ainda, que o fator essencial ao direito à estabilidade consiste na prova de que o início da gravidez ocorreu durante a constância da relação contratual, de modo que a responsabilidade do empregador, neste caso, é objetiva, consoante o entendimento consubstanciado na Súmula 244 da C. TST. Recurso da reclamante a que se dá provimento. (TRT 1, 2016).

A jurisprudência acima é um de vários exemplos do que irá continuar acontecendo, independente de nova mudança de lei. Em relação as demissões injustificadas, a mulher tem por lei, a partir do momento em que se tem o conhecimento de sua gravidez, a licença maternidade garantida, contudo a discussão a partir da

reforma girará em torno dos 30 (trinta) dias que a empregada gestante tem para comunicar ao seu empregador do seu estado gestacional.

Primeiro ponto para questionamento com relação a insalubridade é se o médico vai ter condições de atestar especificamente em cada caso, se o local onde a gestante ou lactante esta laborando é de mínima ou média insalubridade, o médico terá condições de ir conhecer o local de trabalho da sua paciente par atestar que continuar laborando naquele ambiente não ocorrerá danos à saúde do nascituro?

Ressalta-se que os dispositivos que tratavam dos deveres dos Tribunais Regionais do Trabalho, §§ 3º, 4º, 5º e 6º do art 896 da CLT foram revogados com a entrada da Lei 13.461/2017, logo deixa de existir expressamente dispositivos que obrigam à uniformização de sua jurisprudência, discordando assim essa revogação com o quanto dispostos pelo CPC 2015, que segundo o artigo 926, devem sempre uniformizar suas jurisprudências.

Por fim sobre os impactos da Reforma trabalhista na vida da gestante e da lactante, ainda não temos Sentenças, acórdãos e outras decisões judiciais que possam embasar como um caso concreto de como ficará na pratica a alteração dessas leis e procedimentos do nosso ordenamento jurídico, pois ainda não temos nenhuma Jurisprudência sobre Reforma trabalhista.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que a Legislação trabalhista, essencialmente da mulher, foi marcada com muitas lutas, primeiro porque no primeiro momento a mulher era um ser “coisificado” de propriedade de seu pai e após do seu marido, ausente das legislações, quando finalmente no início da década de 40 com a entrada em vigor da CLT-Consolidação das Leis Trabalhistas, quando se findou um pouco dessa inexpressividade na legislação.

Em um segundo momento marcado inclusive pela proibição de se inserir no mercado de trabalho, porém com o advento da Constituição de 1988, as lutas passaram a ter visibilidade e o lema era a garantia d trabalho da mulher, a promoção da igualdade de gênero, promoções essas que deveriam ser encaradas levando em consideração a sua capacidade fisiológica, tendo em vista que “homens e mulheres são igual, perante a Lei”, exatamente como expressa o artigo 5º, CF, o que significa dizer que a mulher e os homens são diferentes, pois demandam cuidados especiais, por biologicamente ser a detentora da saúde materna, que por sua vez, protege também o direito do nascituro.

A Constituição quando em seu artigo 6º, no capítulo dos direitos fundamentais, garante à proteção a maternidade, assegura a mulher o seu exercício de procriação e por seu turno, esse trabalho teve como objetivo demonstrar como a Reforma Trabalhista impactou de forma direta ou indireta na proteção da maternidade, primeiro, por expor a empregada gestante ou lactante a agentes nocivos a saúde tanto para o bebê quanto para a mamãe, que precisa se manter sobre cuidados nesse período, onde trouxe críticas com relação a esse artigo 394-A, inserido na CLT pela Lei 13.287/2016, onde o afastamento da gestante ou lactante de locais insalubres de qualquer natureza era visto como essencial para o desenvolvimento saudável do nascituro ou do bebê.

No entanto com o nosso dispositivo Celetista, o legislador não considerou que atividades de média e mínima insalubridade pudessem colocar em risco a saúde do bebê e da gestante, motivo pelo qual, só haverá afastamento das empregadas que trabalham nessa condição, mediante atestado médico da médica da confiança da trabalhadora, além do mais em caso de comprovação que essa insalubridade faz mal ao bebê e a empresa não houver ambiente livre dessa condição, a gestante será afastada como se estivesse enfrentando uma gravidez de risco.

Quando surge o seguinte questionamento: se a gestante tem estabilidade, prevista na Constituição desde a confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto e, por acaso a empresa não possui um outro ambiente saudável para que possa ser remanejada e precise ser afastada, quem é que arca com o custo financeiro desse afastamento?

Logicamente que o empregador, tendo em vista que a obrigação de pagar salário do período de afastamento da empregada gestante ou lactante que não puder ser transferida para outro setor recai sobre o empregador, e aí uma alteração que foi feita sobre o fundamento de diminuir a discriminação no mercado de trabalho da mulher, será agora mais intensificado ou, será mantida no local insalubre, sem apresentar atestado que a retire dessa condição, primeiro porque, o adicional de insalubridade já ajuda nas despesas que acaba de aumentar com a chegada de um bebê e segundo porque quando a estabilidade acabar sente medo de ser demitida em um momento que mais precisa, mas e a proteção do nascituro? Ficou em segundo plano.

Então para que haja um paliativo dessa situação é preciso modificar a legislação para que o pagamento relativo ao afastamento previsto no artigo 394-A, CLT, quando não houver possibilidade de transferir a empregada gestante ou lactante para local salubre, que esse afastamento seja pago pela Previdência Social para que a mulher não seja vista pelos empregadores, como fonte de despesa e desvantagens na contratação, porque é claro que empresas viam o lucro e a mulher não pode ser sinônimo de custo.

Embora a Previdência Social preveja o benefício de salário- maternidade, o fato gerador desse benefício é o parto, ainda que antecipado, os abortos permitidos em lei, adoção ou guarda judicial para fins de adoção, sendo o benéfico de 120 dias e se a gravidez for considerada de risco e há necessidade de repouso absoluto, deve ser concedido o benéfico de auxílio doença e não de salário- maternidade.

Tendo a redação d artigo 394-A, CLT impropriedade técnica, pois aduz que quando não for possível afastar a empregada para local salubre, a gravidez e considerada de risco e ensejará licença maternidade.

Todas as alterações relativas ao direito das mulheres estão sobre o fundamento de igualdade entre o homem e mulher, sobre o fundamento da não discriminação da mulher no mercado de trabalho, contudo pontos que poderiam ser mudados para alcançar ainda mais a igualdade de gênero no ambiente profissional, ficaram bem quietinhos sem alterações, como por exemplo, a licença paternidade.

Atualmente muitas empresas deixam de contratar mulheres, pelo simples fato de um dia poderem engravidar, sofre com isso inclusive aquelas que não pretendem ser mãe, além do mais, a licença paternidade afasta o homem empregado por apenas 5 dias e no máximo 20 dias se a empresa for inscrita na empresa cidadã ou se for funcionário público. Se a Reforma trabalhista aumentasse o tempo de licença remunerada para os pais, estaria se estabelecendo melhores condições de igualdade entre os gêneros, até porque os homens são igualmente responsáveis pela educação dos filhos.

Outro ponto extremamente relevante é o auxílio creche, pois poucas empresas do setor privado disponibilizam recursos para ajuda de custo ou pagamento integral de creches para filhos menores de suas empregadas que não tenham idade para frequentar escolas ou que mantenham salas adequadas para as lactantes, ou para amamentar seus filhos ou para ordenhar o leite natural, pelo contrário, o que Reforma fez foi deixar esses intervalos como “negociáveis” entre empregado e empregador através de acordos individuais.

Conclui-se que o Brasil ainda está longe de estabelecer padrões que possibilitem a igualdade entre o homem e a mulher no mercado de trabalho, mas que agora atingindo não só a mulher em si, mas as crianças, pois quando se tira direitos de gestantes e lactantes estão sendo diretamente afetados os nascituros e as crianças.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AHAD, Claudia Abdul. **Reforma trabalhista e seus impactos no trabalho da mulher**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI270553,71043-Reforma+Trabalhista+e+seus+impactos+no+trabalho+da+mulher>> Acesso em: 23 ago 2018.

ALHO, C. S. Esclarecendo Algumas Questões sobre Embriões Humanos Clonados. In: **Ética em Pesquisa: Reflexões**. Edipucrs, Porto Alegre. 2003.

ANAMATRA. Nota Técnica PLC 38/2017 – **Reforma Trabalhista Aspectos de Inconstitucionalidade e de Antijuridicidade**. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/files/Nota-tnica-Conjunta-Reforma-Trabalhistaaspectos-deconstitucionalidade-e-antijuridicidade.pdf>> Acesso em: 9 set 2018.

A importância da amamentação exclusiva até os seis meses de idade. Disponível em: <<https://20minutospratudo.com.br/2014/11/03/a-importancia-da-amamentacao-exclusiva-ate-os-seis-meses-de-idade/>> Acesso em: 28 ago 2018.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 15 ago 2018.

_____, **Lei. 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 a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm> Acesso em: 5 set 2018.

_____, Os 70 anos da CLT. conheça a história das leis trabalhistas. **Tribunal Superior do Trabalho**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=K6wufJc-kSI>> Acesso em: 29 ago 2018.

_____, DATAPREV: **Licença Maternidade e a Previdência Social**.

CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal**. Vol. II. Editora Saraiva. São Paulo. 2003.

CASAGRANDE, Régis. O adicional de insalubridade: **um direito constitucional trabalhista**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9195/O-adicional-de-insalubridade-umdireito-constitucionaltrabalhista>> Acesso em 1 set 2018.

COORÊA, Mario Dias. **Noções práticas de obstetrícia**. 12ª. Ed. Medsi, 1999.

Código Civil Anotado e Legislação Extravagante. Editora Revista dos Tribunais. 2 ed. São Paulo. 2003.

CUNHA, Maria Inês Moura S. A. da. **Direito do Trabalho**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

ÉPOCA, Sociedade X Supremo, Ed. Abril, Edição 20, pgs. 68 / 69, Out 2004.

ESTEVEES SÁ, Bruna. **Licença-maternidade de seis meses é vantajosa para empresa.** Revista eletrônica CONJUR. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2010-fev18/licenca-maternidade-estendida-vantajosa-empresa-empregada>> Acesso em: 06 ago 2018.

FREITAS, Fernando, MARTINS, Sérgio, RAMOS, José, MAGALHÃES, José. **Rotinas em Obstetrícia.** 4º Ed, São Paulo: ArtMed, 2002.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Introdução ao estudo do direito: **teoria geral do direito.** 5. ed. São Paulo: Método, 2017.

GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação: **aplicação do direito.** São Paulo: Malheiros, 2002.

Guia Trabalhista. Disponível em: <<http://www.guiatrabalhista.com.br/guia/insalubridade.htm>> Acesso em: 1 set 2018.

HORVATH JUNIOR, Miguel. Revisitando o salário-maternidade à luz das recentes alterações. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 78, jul 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7907> Acesso em: 14 ago 2018.

Implicações da reforma trabalhista no direito das mulheres. Disponível em: <<https://blog.juridicocerto.com/2018/03/implicacoes-da-reforma-trabalhista-nos-direitos-das-mulheres.html>> Acesso em: 30 mai 2018.

INBEP. **O que é o equipamento de proteção individual – EPI?** Disponível em: <<http://blog.inbep.com.br/equipamento-de-protecao-individual-epi/>> Acesso em 6 set 2018.

JOTA. **Reforma Trabalhista e suas distorções.** Disponível em: <<https://jota.info/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/reforma-trabalhista-e-suasdistorcoes-20092017>> Acesso em: 2 set 2018.

KOTH, Laís Brião. Licença-maternidade e salário-maternidade: **A extensão de benefício correlato ao pai adotante único.** Monografia. Brasília, 2013.

LIMA, Sarah Somensi. **Aspectos do trabalho da mulher no direito brasileiro.** Disponível em: <<https://juridicocerto.com/p/sarahsomensi/artigos/aspectos-do-trabalho-da-mulher-nodireito-brasileiro-1446>> Acesso em 9 ago 2018.

MIRABETE, J. F. **Manual de Direito Penal.** Vol. II. 20 ed. Editora Atlas S.A. São Paulo. 2003.

MARTINS, Sergio. **Direito do Trabalho.** 30. Ed. São Paulo: Atlas. 2014.

MIRANDA, Giuliana. **Cientistas defendem 5 momentos para início da vida.** Disponível em: <<https://noticias.bol.uol.com.br/ciencia/2010/10/15/cientistas-defendem-5-momentos-para-inicio-da-vida-humana.jhtm>> Acesso em: 26 ago 2018.

MONTENEGRO, Rezende. **Obstetrícia Fundamental**. Ed. Guanabara, Edição 07. Abril 1995.

PRANKE, P. A Importância de Discutir o uso de Células-Tronco Embrionárias para Fins Terapêuticos. In: **Ciência e Cultura**, Núcleo Temático: Clonagem. 2004.

REGIS, Arthur Henrique de Pontes. Início da vida humana e da personalidade jurídica: questões à luz da Bioética. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 617, 17 mar. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6462>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

RODRIGUES, Sérgio. **O que a gravidez tem a ver com a gravidade**. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/blog/sobre-palavras/o-que-a-gravidez-tem-a-ver-com-a-gravidade/>> Acesso em: 20 ago 2018.

SÁBIO, Juliana. **O trabalho da gestante em ambiente insalubre**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI248537,910410+trabalho+da+gestante+em+ambiente+insalubr>> Acesso em 06 set 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SOCIOLOGIA CIÊNCIA E VIDA, ano II, nº 18. Ed. Escala, Setembro, 2008.

SOUZA, Elaine Angélica Canuto. Reflexão acerca da amamentação: **Uma revisão bibliográfica**. Belo Horizonte, MG.2010. Disponível em: <<http://www.nescon.medicina.ufmg.br/biblioteca/imagem/2271.pdf>> Acesso em 7 mai 2018.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. **Direito constitucional do trabalho**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____; et. al. Instituições de direito do trabalho. Vol. II. 22. São Paulo: LTr, 2005.

SUPER INTERESSANTE, Quando começa a vida? Ed. Abril, Ed. 21, pgs. 56 / 64, Nov 2005.