

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP**

**Carolina Alves Corrêa Láu**

**A PROTEÇÃO PREVIDENCIÁRIA À GESTANTE EXPOSTA A RISCOS À  
SAÚDE NO AMBIENTE DE TRABALHO**

**MESTRADO EM DIREITO**

**São Paulo  
2023**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP**

**Carolina Alves Corrêa Láu**

**A Proteção Previdenciária à Gestante Exposta a Riscos à Saúde no  
Ambiente de Trabalho**

Mestrado em Direito Previdenciário

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito Previdenciário, sob orientação do Prof. Dr. Miguel Horvath Júnior.

São Paulo

2023

**Carolina Alves Corrêa Láu**

**A Proteção Previdenciária à Gestante Exposta a Riscos à Saúde no  
Ambiente de Trabalho**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito, área de concentração Direito Previdenciário, sob orientação do Prof. Dr. Miguel Horvath Júnior.

Aprovada em: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

Dr. Miguel Horvath Júnior

---

Dr. Oswaldo Souza Santos Filho

---

Dr. Wilson José Vinci Junior

## AGRADECIMENTOS

Ao Deus Eterno, toda honra e glória. Palavras são insuficientes para agradecer por todas as pessoas que colocou em meu caminho ao longo da jornada da vida acadêmica.

Aos meus Pais, Alexandra e Fernando, por todo apoio emocional e financeiro. Por serem minha base, meus exemplos de profissionais e de amor. Obrigada por quem são, pelo amor e pelo apoio durante toda essa fase. Sem vocês, eu não seria ninguém.

Aos meus professores Miguel Horvath Junior, Wagner Balera e Roberta Soares, que me ensinaram o Direito Previdenciário, e afloraram meu amor pela docência. Obrigada por me permitirem viver esses anos desfrutando de seus conhecimentos,

Em especial, ao meu orientador Miguel Horvath Junior, que acreditou em meu potencial quando nem eu acreditava que seria possível ingressar no tão sonhado mestrado, que me ensinou muito mais do que o Direito, e que me mostrou que é possível ser professor, profissional, pesquisador, pai (ou futura mãe), servo e temente a Deus. Muito Obrigada por ser quem é, por me ensinar em diferentes áreas da vida, e pela paciência e carinho quando enfrentei dificuldades.

Ao Josué Mastrodi Neto, querido professor de graduação, que me apresentou a pesquisa científica, que me deu a oportunidade de ministrar aula, e que me mostrou, e continua mostrando que a docência deve ser exercida por amor. Um homem de Deus, pai, e exemplo de conduta, conhecimento e capacidade.

Às minhas amigas e colegas da PUC: Priscilla e Geisla Simonato. Sou eternamente grata pela oportunidade conhecê-las, pela convivência e pelo trabalho diário. Mulheres extremamente inteligentes, queridas, que são exemplos a serem seguidos, e que mudaram minha vida. Obrigada pela confiança em mim depositada ao me receberem no escritório Simonato.

À Juliana Ribeiro, amiga e professora. Obrigada por acreditar que eu poderia ser uma boa professora e pelas conversas. Obrigada por me permitir desfrutar do seu conhecimento sobre direito, docência e vida, e, principalmente, obrigada pela amizade.

Aos meus amigos de turma, Lúcia, Djovini, Orlando e Cristiane, que compartilharam manhãs e noites ao meu lado, almoços e cafés, sempre regados a muitas conversas e trocas de experiências, e por fazerem a vida em São Paulo melhor.

Às minhas amigas Rebeca Castilho e Yasmin Blachut, que além de advogadas, são pessoas que me acompanham há muitos anos, viveram esse sonho comigo muito antes de começar, e me incentivaram a continuar.

Por fim, obrigada Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, por mudar minha vida profissional e pessoal, por me permitir conhecer tantas pessoas incríveis, por permitir que sonhos fossem construídos, almejados e conquistados.

## **RESUMO**

A presente dissertação aborda as mudanças jurídicas relativas à proteção da mulher trabalhadora, com foco no período de gestação, especialmente no que tange aos riscos ambientais a que pode estar exposta durante a jornada de trabalho, e, especialmente, com o advento da pandemia de COVID-19. Essa problemática surge com a edição das Leis n. 13.287/2016 e 13.467/2017 que alteraram a Consolidação das Leis Trabalhistas, bem como das Leis n. 14.151/2021 e 14.331/2022 que versam sobre o afastamento do trabalho presencial das gestantes durante a pandemia. Este trabalho aborda a proteção trabalhista e as formas nas quais ela pode ocorrer, assim como a proteção previdenciária. Demonstra que a proteção à gestante pode ser implementada de maneira conjunta pelo direito previdenciário e direito do trabalho; todavia, procuramos esclarecer que a proteção previdenciária às gestantes expostas a agentes nocivos oferecida pela Reforma Trabalhista foi instrumentalizada erroneamente. Além disso, mostramos que a ausência de previsão legal que protegesse as gestantes afastadas durante a pandemia, e que não puderam exercer suas funções remotamente, gerou incerteza sobre como a gestante deveria ser protegida. A partir deste contexto, pretende-se analisar e demonstrar a possibilidade jurídica de a previdência social proteger a gestante trabalhadora exposta a riscos à saúde no ambiente laboral, e como essa proteção deveria ser implementada.

## **PALAVRAS-CHAVE**

Proteção à Maternidade; Proteção Trabalhista; Proteção Previdenciária; Salário-Maternidade; Benefício por Incapacidade Temporária.

## **ABSTRACT**

This dissertation addresses the legal changes related to the protection of working women, focusing on the gestation period, especially with regards to the environmental risks to which they may be exposed to during the working day, and, especially, with the advent the COVID-19 pandemic. The problem arises with the enactment Laws n. 13.287/2016 and n. 13.467/2017, that amended the Consolidation of Labor Laws, as well as Laws n. 14.151/2021 and n. 14.331/2022, which deal with the removal of pregnant women from face-to-face work during the pandemic. This work addresses labor protection, and in the ways in which it can occur, as well as social security protection. Demonstrates that the protection for pregnant women can be jointly implemented by social security law and labor law, however, we try to clarify that the social security protection for pregnant women exposed to harmful agents offered by the Labor Reform was erroneously implemented. In addition, it shows that the absence of a legal provision that would protect pregnant women on leave during the pandemic, and who were unable to perform their duties remotely, generated uncertainty about how the pregnant woman should be protected. From this context, it is intended to analyze and demonstrate the legal possibility of social security to protect pregnant workers exposed to health risks in the work environment and how this protection should be implemented.

## **KEY-WORDS**

Maternity protection, Labor Protection; Social Security Protection; Maternity Leave; Temporary Disability Benefit.

## LISTA DE ABREVIATURAS

- ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
- ADI – Ação Direita de Inconstitucionalidade
- ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil
- CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
- CLT – Consolidação das Leis do Trabalho
- CMULHER – Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher no Congresso Nacional
- CTASP – Comissão de Trabalho de Administração e Serviço Público
- COSIT – Coordenação Geral de Tributação da Receita Federal do Brasil
- DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos
- EBES - Estado de Bem-Estar Social
- EPC – Equipamento de Proteção Coletiva
- EPI – Equipamento de Proteção Individual
- ESPIN - Estado de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional
- INSS – Instituto Nacional do Seguro Social
- FGTS – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
- LC - Lei Complementar
- LTCAT – Laudo Técnico de Condição de Ambiente de Trabalho
- NR – Norma Regulamentadora
- OIT – Organização Internacional do trabalho
- OJ – Orientação Jurisprudencial
- OMS – Organização Mundial da Saúde
- ONU – Organização das Nações Unidas
- PCMSO – Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional
- PPRA – Programa de Prevenção de Riscos Ambientais
- RBAC – Regulamento Brasileiro da Aviação Civil
- RFB – Receita Federal do Brasil
- RGPS – Regime Geral de Previdência Social
- SESMT – Serviços Especializados em Segurança e Medicina do Trabalho
- SDI – Sessão de Dissídio Individual
- STF – Supremo Tribunal Federal
- STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUS – Sistema Único de Saúde

TNU – Turma Nacional de Unificação da Justiça Federal

TST – Tribunal Superior do Trabalho

TRF1 – Tribunal Regional Federal da Primeira Região – Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Distrito Federal, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins.

TRF3 – Tribunal Regional Federal da Terceira Região – São Paulo e Mato Grosso do Sul

TRF4 - Tribunal Regional Federal da Quarta Região – Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 PROTEÇÃO SOCIAL DA MULHER.....	13
1.1 Evolução Cronológica da Mulher na Sociedade.....	13
1.2 Proteção da Mulher à Luz das Convenções da Organização Internacional do Trabalho.....	20
1.3 Dimensões Protetivas da Mulher no Direito Previdenciário e Direito Trabalhista.....	27
2 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À GESTANTE.....	35
2.1 Garantias gerais à pessoa humana aplicadas à gestante.....	35
2.1.1 Direito à Saúde.....	37
2.1.2 Direito ao Trabalho.....	39
2.1.3 Direito à Previdência Social.....	43
2.2 Garantias específicas à gestante.....	45
2.3 Estado de Bem-Estar Social e a Contingência Social da Maternidade.....	45
3 A PROTEÇÃO DA GESTANTE NO MEIO AMBIENTE LABORAL.....	50
3.1 Riscos e Meio Ambiente Laboral.....	50
3.2 Proteção da Gestante exposta a agentes nocivos no ambiente de trabalho.....	53
3.2.1 Salário-Maternidade para a Gestante e o Trabalho Presencial Durante a Pandemia de COVID-19.....	60
4 INSTRUMENTALIZAÇÃO DO DIREITO SOCIAL DA GESTANTE.....	66
4.1 Vinculação do particular aos direitos fundamentais – saúde, trabalho e previdência .....	68
4.2 Correlação entre a reforma trabalhista e legislação previdenciária.....	71
4.3 Salário-Maternidade.....	73
4.4 Benefícios por Incapacidade.....	78
5 CONCLUSÃO.....	83
REFERÊNCIAS.....	86

## INTRODUÇÃO

A proteção à saúde da mulher é uma conquista social e jurídica que protege a maternidade das trabalhadoras.

A maternidade é um direito social voltado à toda sociedade, dado o forte impacto na manutenção do pacto de gerações. A Constituição Federal e as leis infraconstitucionais preveem diversas normas protetivas que visam o bem-estar da gestante, da lactante e do bebê, além da manutenção da renda e do emprego da mulher e da gestante.

Dentre os direitos que protegem a mulher durante esse momento de grandes modificações metabólicas, nutricionais e fisiológicas, estão a licença maternidade e o salário maternidade, sendo o primeiro de natureza jurídica trabalhista e o segundo de natureza jurídica previdenciária.

No entanto, o salário maternidade nem sempre foi de índole previdenciária. Surgiu como um instituto do direito do trabalho e só passou a integrar o universo previdenciário a partir da Lei 6.136/74, que transmutou a natureza jurídica do instituto para retirar o ônus do empregador em arcar com os custos do afastamento do trabalho da mulher gestante, haja vista que esse ônus financeiro suportado pelo empregador, fomentava a discriminação do trabalho feminino.

A Lei n. 13.287/2016 inseriu na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, alterado pela reforma trabalhista – Lei 13.467/2017, o artigo 394-A, o qual determina o afastamento da gestante e da lactante do trabalho insalubre, dada a presunção da nocividade desse tipo de atividade à gestante e à lactante. Frente a isso, o trabalho deverá ser realizado por meio da realocação da empregada, e na sua impossibilidade, o §3º prevê que a gestação será considerada de risco, ensejando a percepção de salário-maternidade – nos termos da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991 – durante todo o período de afastamento.

Todavia, a lei previdenciária estabelece um período de 120 dias de salário-maternidade, fixando a sua data do início a partir de 28 dias antes do parto até a data de sua ocorrência. Também autoriza a empregadora a pagá-lo, assim como a fazer a compensação desse benefício quando do recolhimento das contribuições sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço. Além disso, não há nenhuma fonte de custeio para o novel salário maternidade, ferindo expressamente a regra da contrapartida.

Após a reforma trabalhista, o mundo foi assolado pela Covid-19. Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial de Saúde declarou a pandemia do coronavírus, exigindo a adoção imediata de medidas para o seu enfrentamento por parte dos governos ao redor do mundo, as quais podem ser agrupadas sob três grandes estratégias: a recomendação ou determinação do isolamento e do distanciamento social; a ampliação da capacidade de atendimento dos serviços de saúde; e formas de apoio econômico aos cidadãos, às famílias e às empresas. Além disso, foram empreendidos esforços na descoberta e produção de vacinas eficazes contra a Covid-19 que, muito embora tenha sido concebida após os efeitos nefastos da pandemia, foi realizada em tempo recorde.

Essas estratégias vieram coordenadas com a identificação dos grupos de risco integrados por pessoas que, por qualquer condição, apresentassem maior risco para gravidade dos sintomas e de óbitos causados pela Covid-19. Essa identificação é relevante na medida em que os impactos da pandemia, notadamente a redução do número de hospitalizações e mortes, são mais rapidamente mitigados se as políticas implementadas alcançarem, de forma prioritária, esses grupos.

Em nível nacional, inicialmente o Ministério da Saúde do Brasil considerou que o grupo de risco para Covid-19 seria composto por indivíduos acima de 60 anos e pacientes com doenças crônicas. Posteriormente, ampliou para quinze as “Condições e fatores de risco a serem considerados para possíveis complicações da síndrome gripal”; incluindo “Grávidas em qualquer idade gestacional, puérperas até duas semanas após o parto (incluindo as que tiveram aborto ou perda fetal)”<sup>1</sup>.

Esse cenário trouxe à tona a necessidade de as gestantes, vacinadas ou não, serem afastadas de qualquer atividade presencial, pois o ambiente laboral aumenta o ciclo de exposição ao contágio, compromete o desenvolvimento da gestação e aumenta o risco de prematuridade.

Frente a esse cenário, em 24 de julho de 2020, a Deputada Perpetua Almeida apresentou o Projeto de Lei 3932/2020, que foi transformado, somente em 12 de maio de 2021, na Lei Ordinária n. 14.151. Essa lei determina o afastamento da empregada gestante das atividades presenciais, devendo trabalhar à distância, sem prejuízo de

---

<sup>1</sup> FEBRASGO, Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia. **Protocolo de atendimento no parto, puerpério e abortamento durante a pandemia da COVID-19**. São Paulo, 27 abr. 2020. Disponível em: <https://www.febrasgo.org.br/pt/covid19/item/1028-protocolo-de-atendimento-no-parto-puerperio-e-abortamento-durante-a-pandemia-da-covid-19>. Acesso em: 15 set. 2021.

remuneração, durante todo o período de emergência de saúde pública decorrente do novo coronavírus.

Contudo, a lei foi omissa com relação ao afastamento das empregadas gestantes cujas atividades não podem ser realizadas à distância e quanto à responsabilidade pelo pagamento da remuneração das empregadas afastadas. Esse problema deveria ser resolvido por meio da concessão de um benefício previdenciário à gestante, na medida em que não pode o empregador suportar o pagamento da remuneração sem a devida contraprestação, consubstanciada no exercício laboral.

Esse dispositivo legal foi alterado pela Lei n. 14.331/2022, que trouxe previsões acerca do retorno das grávidas ao trabalho presencial, manteve a lacuna frente às gestantes que não podem exercer as atividades laborais no regime de teletrabalho.

Ante esse cenário, o presente trabalho, por meio do método hipotético-dedutivo e pelo procedimento de pesquisa bibliográfica, pretende encontrar uma solução jurídica para o empasse vivido pelas trabalhadoras gestantes que estão expostas a agentes nocivos à saúde no ambiente de trabalho, e que não têm possibilidade de remoção para outro cargo ou função. E para aquelas que estão das expostas ao COVID-19 no trabalho presencial, e que não podem realizar suas atividades de maneira remota. O objetivo é encontrar uma maneira de o Estado protegê-las sem onerar os empregadores.

## 1. PROTEÇÃO SOCIAL DA MULHER

### 1.1. Evolução Cronológica da Mulher na Sociedade

A mulher tem um papel fundamental no desenvolvimento das sociedades. Ao longo da história, deixou de ter uma função exclusivamente voltada ao trabalho doméstico e foi integrada ao ambiente laboral que era majoritariamente ocupado por homens.

A provedora da vida, que gere, gesta e alimenta, é uma figura importante para o desenvolvimento das sociedades e comunidades.

É válido o olhar à Grécia Antiga, que perdurou do período Homérico (dos séculos XIV a IX antes de Cristo) até o fim da Antiguidade (476 depois de Cristo). Nesta sociedade, as mulheres eram retratadas como deusas e musas inspiradoras, em sua maioria ligadas à atuação tradicionalmente feminina. Das deusas gregas olímpicas, Atena não estava ligada à atividade exclusiva do feminino. Era a deusa da sabedoria, das artes, das invenções, da bravura, eloquência, das estratégias de batalha, civilização, justiça, habilidade, inspiração, força e matemática. Porém, por mais que fosse a deusa guerreira, era também ligada às atividades manuais.

A caça era de Ártemis, a fertilidade agrícola de Demeter. Na divisão social do trabalho, eram deusas que cuidavam de coisas masculinas.

A deusa mais ligada aos estigmas femininos é Hera, a deusa do casamento e da monogamia. É a rainha do Olimpo, ocupando posição de prestígio, porém, extremamente ligada aos padrões femininos tradicionais.

Este recorte do politeísmo grego permite observar o papel da mulher na sociedade, na família e na reprodução, sem limitá-la a isso. A deidade mais inteligente do Olimpo é uma mulher, uma deusa guerreira.

Imediatamente após o fim do período da antiguidade, se deu o período da Idade Média. Neste período houve o despovoamento, regressão urbana e grandes invasões. O cristianismo se espalhou pela Europa, dominando espaços antes ocupados pelo politeísmo. O cristianismo, com a interpretação dada pelo clero, pregava a submissão da mulher ao homem (seja pai ou marido), tendo que se restringir ao ambiente familiar.

O problema não é o cristianismo, mas a divisão social do trabalho ao qual a mulher foi submetida. Não houve uma interpretação libertadora, mas se intensificaram as condições sociais de opressão e subordinação impostas às mulheres.

Na baixa idade média (após o ano 1000), houve o crescimento demográfico, com a organização de feudos que prestam vassalagem aos nobres (senhoralismo). O sistema político econômico e social, com o desenvolvimento das aldeias que iam se formando, fortaleceram a cultura feudal. Com a consolidação da propriedade, o capitalismo começa a se desenvolver, e o destino da mulher tornou-se ligado à propriedade, como se fosse parte de uma herança.

Simone de Beauvoir, na obra *O Segundo Sexo*<sup>2</sup>, ao tratar sobre a história, no item 3, explica que o destino da mulher está ligado à propriedade, e ao longo da história se confunde com a ideia de herança, conforme segue:

Destronada pelo advento da propriedade privada, é a ela que o destino da mulher permanece ligado durante os séculos: em grande parte, sua história confunde-se com a história da herança. Compreenderemos a importância fundamental dessa instituição se lembramos o fato de que o proprietário aliena sua existência na propriedade, a esta se apegando mais do que à própria vida; ela ultrapassa os estreitos limites da vida temporal, subsiste além da destruição do corpo, encarnação terrestre e sensível da alma imortal. Mas essa sobrevivência só se realiza se a propriedade continua nas mãos do proprietário; ela só pode ser sua além da morte se pertencer a indivíduos em quem se prolongue e se reconheça, que são seus. Cultivar a propriedade paterna, render culto aos manes do pai é, para o herdeiro, uma só e mesma obrigação: ele assegura a sobrevivência dos antepassados na terra e no mundo subterrâneo. O homem não aceitará, portanto, partilhar com a mulher nem os seus bens nem os seus filhos. Não conseguirá impor totalmente, e para sempre, suas pretensões. Mas no momento em que o patriarcado é poderoso, ele arranca da mulher todos os direitos sobre a detenção e a transmissão dos bens. Pereceria lógico, aliás, negar-lhes. Quando se admite que os filhos de uma mulher não são dela, passam eles a não ter nenhum laço com o grupo de origem da mulher. Pelo casamento, a mulher não é mais emprestada por um clã a outro; ela é radicalmente tirada do grupo em que nasceu e anexada ao do esposo; ele compra-a como compra uma rês ou um escravo e impõe-lhe as divindades domésticas; e os filhos que ela engendra pertencem à família do esposo. Se ela fosse herdeira, transmitiria as riquezas da família paterna à do marido: excluem-na cuidadosamente da sucessão. Mas, inversamente, pelo fato de nada possuir, a mulher não é elevada à dignidade de pessoa; ela própria faz parte do patrimônio do homem, primeiramente do pai e em seguida do marido.

Neste contexto histórico, a mulher, conquanto seja propriedade, ela não possui patrimônio e os filhos não são dela. Com o casamento, ela deixa de ser propriedade de seu pai e passa a ser do marido, não tendo direito a qualquer herança de sua família original, não tendo direito a qualquer propriedade, sendo reduzida a seu ambiente familiar e à submissão ao homem da família.

---

<sup>2</sup> BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**. Tradução: Sérgio Milliet. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 2009. Ebook, posição 1777 a 1802.

Com o decorrer dos anos, o cristianismo foi fortalecido, e com o advindo das cruzadas, a heresia se tornou algo a ser combatido.

A figura da mulher, quando não era tida com pura, era demonizada como sendo pecaminosa. Muitas mulheres não cristãs, ou que não se submetiam ao patriarcado presente na sociedade feudal, eram condenadas por heresia como se fossem bruxas.

Com a transição para a idade moderna, que se deu por convenção em 1.453 d.C., marcada pela tomada de Constantinopla, o modelo feudal aos poucos foi sendo superado por novas políticas econômicas que foram sendo estabelecidas, e o mercantilismo se firmou na Idade Moderna.

O Renascimento aparece como um movimento humano, desprendido da religião. Nesse novo modo de entender, o homem passou a se tornar importante, o mundo deixa de ser consequência do divino e passa a ser consequência dos atos humanos.

O capitalismo se fortaleceu e se fixou. O lucro passou a ser importante. Deste modo, toda mão de obra era útil e deveria ser utilizada. As mulheres saíram das propriedades familiares e passaram a exercer atividades externas. O campo enfraqueceu e o comércio fortaleceu. Entretanto, mesmo saindo do trabalho exclusivamente doméstico, esse nunca deixou de existir, tendo sido exercido quase que exclusivamente pelas mulheres, e em conjunto com outras atividades.

Silvia Federici destaca que o “trabalho doméstico não remunerado das mulheres tem sido um dos principais pilares da produção capitalista, ao ser o trabalho que produz a força de trabalho”<sup>3</sup>.

Joana D’Arc é uma representante do feminino no Renascimento. Atualmente considerada santa pela Igreja Católica, morreu queimada viva em praça pública sob acusação de feitiçaria e heresia. Foi figura importante na Guerra dos Cem Anos entre França e Inglaterra, liderou tropas e ocupou lugares que antes somente homens ocupavam.

O cristianismo ainda era presente, porém novas interpretações ao evangelho foram dadas, dando espaço para o surgimento do calvinismo e da doutrina luterana.

A Idade Moderna foi marcada por diversas guerras, das Cruzadas à Guerra dos Cem Anos, bem como por revoluções.

---

<sup>3</sup> FEDERICI, Silvia. **Calibã e a Bruxa: mulheres, corpos e acumulação primitiva**. Tradução: Coletivo Sycorax. São Paulo: Elefante, 2019. Ebook, p. 14.

A Revolução Francesa, de 1789 a 1799, configurou importante marco na história do mundo e do direito, marcou o fim da Idade Moderna. Motivada pelas ideias do iluminismo, esta revolução trouxe importante contraponto para a posição das mulheres na divisão social do trabalho.

A Assembleia Nacional Constituinte se deu em 1789, e a partir dela foi aprovada a Declaração do Homem e do Cidadão. Entretanto, a Declaração da Mulher e da Cidadã não foi aprovada.

As mulheres se mantiveram sem direito a voto, a acesso a instituições públicas, liberdade profissional e direitos de propriedade. Entretanto é louvável o fato de ter havido o projeto de tal declaração, mostrando que já se buscava a igualdade entre homens e mulheres na sociedade. A mentalidade conservadora e o contexto histórico pós-absolutismo não permitiram que a Declaração fosse aprovada.

Assim teve início a Idade Contemporânea. Neste período histórico houve a Revolução Industrial. Neste mesmo período se deu a Independência do Brasil. Este período perdura até os dias atuais.

Necessário se faz analisar a 1ª Revolução Industrial, que se deu no interregno de 1760 a 1840. Marcou a transição de meios de produção artesanal para a produção se valendo de máquinas, com novos processos de produção.

Esta revolução trouxe impactos sociais importantes, transformando as condições sociais dos países industrializados em relação aos demais países. Entretanto, os operários das fábricas viviam em condições precárias. Nesse contexto, a mão de obra feminina e infantil estava presentes no ambiente industrial, pois era mão de obra barata. As mulheres e crianças se submetiam às mesmas jornadas, com as mesmas cargas horárias, e recebiam remunerações menores. Os burgueses, donos do capital, impunham jornadas de 16 horas, sem direitos e com condições precárias.

A classe operária se uniu e deu início ao movimento sindicalista, como modo de unir forças contra os detentores do capital. Começou então um movimento para garantir direitos das mulheres e crianças, que eram mais exploradas que a mão de obra masculina. Esse movimento ganhou força.

A Revolução Industrial se espalhou pelo mundo, e chegou ao Brasil em um período pós independência e abolição da escravatura, no final do século XIX e início do Século XX. Conquanto atrasada em relação à Europa, a industrialização transformou a realidade do trabalho no Brasil.

O movimento fabril se iniciou com força no fim dos anos 1800, aproveitando a mão de obra barata resultante de uma população recém-emancipada, sem capital.

As condições de trabalho, tal como as vistas na Revolução Industrial, eram precárias, e se valiam da mão de obra feminina e infantil, por serem mais baratas.

Ante à evolução da industrialização, as cidades precisaram ser reconfiguradas para a nova realidade enfrentada.

Em São Paulo, em 08 de março de 1894, foi publicado o primeiro Código Sanitário (Decreto nº 233, de 02/03/1894<sup>4</sup>), traçando parâmetros para a configuração das cidades, incluindo regras para as fábricas e oficinas. No art. 181 há a primeira previsão da proteção das mulheres no ambiente de trabalho. Determina que o “trabalho noturno, além das 9 horas, é terminantemente proibido aos meninos menores de 15 anos e às mulheres até 21 anos” (sic).

Em 1919, o serviço sanitário do Estado de São Paulo foi reorganizado, e no capítulo dirigido a fábricas e oficinas deixou de constar qualquer proteção às mulheres, mantendo previsões protetivas apenas aos menores de doze anos.

Neste íterim se instalava o movimento grevista, que foi forçasse fortalecendo. O ano de 1917 foi marcante no que tange à busca por condições melhores de trabalho para as mulheres no ambiente fabril.

As mulheres, nos primórdios pós abolição, eram maioria em setores em que havia menor mecanização, sendo comum na indústria têxtil.

Acerca do trabalho feminino, Léa Elisa Silingowschi Calil ensina que:

As mulheres pobres que necessitavam trabalhar para seu sustento eram vítimas de um duplo preconceito: porque trabalhavam – quando seu lugar, segundo os ditames da elite, seria em casa, cuidando dos filhos e esperando o marido e porque eram mulheres – e seu trabalho valia menos<sup>5</sup>.

Note-se que a mulher tinha como obrigação o trabalho doméstico, desvalorizado e tido como dever exclusivo da mulher. Porém, as mulheres pobres, além do trabalho doméstico também precisavam trabalhar fora para garantir o sustento da família.

---

<sup>4</sup> SÃO PAULO, Assembleia Legislativa do estado de. DECRETO N. 233, DE 2 DE MARÇO DE 1894. **Estabelece o Código Sanitário.** São Paulo, 02 mar. 1894. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/1894/decreto-233-02.03.1894.html>. Acesso em 28 mar. 2022.

<sup>5</sup> CALIL, Léa Elisa Silingowschi. **História do Direito do Trabalho da Mulher:** Aspectos históricos-sociológicos do início da República ao final deste século. São Paulo: LTr, 2000, p. 18.

A mulher era colocada em subempregos, em que havia menor mecanização, gerando mão de obra barata.

Antônio Rodrigues de Freitas Junior analisa a fundamentação da não proteção do trabalho feminino<sup>6</sup>.

Subserviência, conformismo, docilidade, baixo custo – eis alguns dos predicados invocados por nossas elites como fundamento de um reclamo pela regulamentação legal do trabalho feminino no Brasil – segundo o registro exemplar de um antigo funcionário do então Departamento Nacional do Trabalho.

Como resultado deste movimento da classe trabalhadora, foi desenvolvido um projeto de Lei que visava a instituição de um Código do Trabalho, porém não foi aprovado. Entretanto, em decorrência dessa movimentação do legislativo, três importantes legislações foram aprovadas: Acidentes do trabalho (Decreto 3.724/1919), a Lei Eloy Chaves (Decreto 4.862/1923), que instituiu caixas de aposentadoria e pensões, e o Código de Menores (Decreto 5083/1926).

A Lei Eloy Chaves foi um importante marco na história do Direito Previdenciário, pois foi a primeira legislação previdenciária do país. Entretanto, não foi um decreto que abrangesse todos os trabalhadores. Esse decreto “Crea, em cada uma das empresas de estradas de ferro existentes no país, uma caixa de aposentadoria e pensões para os respectivos empregados” (sic).

Todavia, não há previsão específica acerca do trabalho feminino.

Nos anos 1930, foi aberto espaço para os direitos trabalhistas. A Revolução de 1930, que marcou o fim da República Velha, trouxe um novo olhar para as pautas trabalhistas. Em 1932, o Decreto 21.417-A previa a proibição do trabalho noturno da gestante, previsões acerca do trabalho em mineração, subsolo, pedreiras, obras públicas, serviços insalubres e perigosos. Também assegurou um período remunerado de descanso pré e pós-parto, ainda que não fosse integralmente.

A Constituição de 1934 iniciou a proteção à mulher no trabalho, colocando a idade mínima para o trabalho de dezoito anos, e trazendo a previsão de serviços de amparo à maternidade e infância, ao lar e ao trabalho feminino. Incumbiu à União o amparo à proteção e à infância.

---

<sup>6</sup> FREITAS JÚNIOR, Antônio de. Regulamentação do Trabalho da Mulher: objetivos sociais e evolução constitucional. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 72, p. 4 – 17, mar – abr/1988. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/trail/document?crumb-action=append&docguid=I9ab7e850f25511dfab6f01000000000&locguid=%24locGuid&src=trl&trailguid=i0ad84a510000017f4822ac9b6f827374&savedSearch=true>. Acesso em: 01 fev. 2022.

A busca à proteção trabalhista ocorreu em 1937 com a mudança política derivada do golpe de Estado de Vargas, e entrou em vigor uma nova Constituição Federal. Nela havia a previsão de proteção ao trabalho, garantindo assistência médica e higiênica à gestante, assegurando período de repouso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário, e garantiu a licença de três meses com vencimentos integrais. Manteve a proibição do trabalho noturno para as mulheres, incluindo a proibição do trabalho feminino em atividades insalubres. O movimento trabalhista se fortificou, tornando necessária a regulamentação dos direitos trabalhistas. A Consolidação das Leis Trabalhista - CLT, em 1943, foi um marco na proteção trabalhista, inclusive na proteção dos direitos trabalhistas da mulher. A gravidez foi incluída como contingência protegida. A mulher passou a ter seus direitos positivados, com capítulo próprio da proteção ao trabalho da mulher.

Tal instrumento legislativo persiste até os dias atuais, embora com diversas reformas. A mais recente, chamada Reforma Trabalhista, atingiu os direitos das gestantes, acrescentando dispositivos novos, que serão oportunamente tratados em tópico próprio.

A proteção trabalhista advinda da CLT desenvolvida no Governo Vargas, e persistente durante os anos, esteve presente durante as mudanças políticas brasileiras, trespassando o período de ditadura militar de 1964-1984, e vivenciando a redemocratização. A proteção aos direitos trabalhistas esteve presente nas alterações constitucionais, e dentre elas, destaca-se a Constituição de 1967, que trouxe a Previdência Social e incluiu a Maternidade como contingência abarcada por ela. Deste modo, para haver a proteção à maternidade, passou a ser exigida contribuição da União, do empregado e do empregador. Manteve a proteção trabalhista da mulher, e trouxe para a esfera previdenciária, conjuntamente com a esfera trabalhista, a proteção à maternidade e à gestante. Assim se manteve a proteção à mulher, à gestante e à maternidade, duplamente protegida pelas dimensões previdenciária e trabalhista, garantido melhores condições de trabalho e, conseqüentemente, de saúde para a trabalhadora mulher.

Feito este apanhado cronológico, com breves demonstrações da participação da mulher na sociedade, chegando até os tempos modernos no Brasil, pretende-se mostrar as transformações da legislação em âmbito das Convenções da Organização Internacional do Trabalho – OIT, e em âmbito nacional para garantir à proteção da mulher grávida.

## **1.2. Proteção da Mulher à Luz das Convenções da Organização Internacional do Trabalho**

A proteção à mulher existe em âmbito nacional e internacional e tem sua aplicabilidade conjunta conforme os países se tornam signatários das Convenções Internacionais. As convenções internacionais trazem parâmetros mínimos a serem cumpridos pelos países signatários, e podem ampliar as proteções nacionais, porém nunca as reduzir.

A Primeira Reunião da Conferência Internacional do Trabalho ocorreu no ano de 1919, em Washington, nos Estados Unidos da América, quando foi redigida a Convenção 03 da OIT. O Brasil a ratificou em 26 de abril de 1934 e a promulgou no ordenamento interno por meio do Decreto 423, de 12 de novembro de 1935.

Essa Convenção foi uma forma de instrumentalizar a proteção das mulheres no que tange ao emprego, antes e após o parto, nos estabelecimentos industriais, comerciais, públicos ou privados, excetuando aqueles nos quais os empregados são membros de uma mesma família. Ela determina que a mulher não poderia trabalhar por um período de seis semanas após o parto, e, caso apresentasse atestado médico, teria direito de deixar o trabalho para esperar o parto, em um prazo de seis semanas.

Durante os períodos de afastamento em virtude da gestação, a mulher trabalhadora receberia uma indenização suficiente para a manutenção em boas condições de higiene, da mãe e do bebê. Determina que o valor da indenização seria estabelecido pela autoridade de cada país, sendo custeado por fundos públicos ou por meio de um sistema de seguros. Ademais, garantia cuidados médicos gratuitos.

No caso de a mulher que amamenta, a Convenção garantia duas folgas de meia hora ao longo da jornada. Previa também a possibilidade de a mulher se ausentar do trabalho por período superior a seis semanas, em virtude de uma doença resultado da gravidez ou do parto, que a deixasse incapaz para o trabalho. Nesses casos, o empregador não poderia dispensar a mulher até que sua ausência atingisse uma duração máxima, que seria determinada pela autoridade competente de cada país.

Embora tenha sido dada uma certa proteção à gestante e à lactante, não há proteção plena, visto que o afastamento das atividades laborais era limitado e não garantia estabilidade pós-parto; apenas em caso de incapacidade, e com duração máxima do período do afastamento.

Na mesma Reunião da Conferência Internacional do Trabalho, em 1919, foi elaborada a Convenção 04 da OIT que versa sobre o trabalho noturno da mulher. Tal como na anterior, o Brasil a ratificou em 26 de abril de 1934 e a promulgou por meio do Decreto 423, de 12 de novembro de 1935. Essa Convenção determinava que as mulheres, independentemente da idade, não poderiam ser empregadas no período noturno em nenhum estabelecimento industrial público ou privado. Ambas as Convenções não vigem mais no ordenamento Brasileiro, e o Decreto 423 foi revogado pelo Decreto 10.088, de 05 de novembro de 2019.

Em 1934, a OIT elaborou a Convenção 41, que também versa sobre o trabalho noturno da mulher. Tal convenção foi ratificada no Brasil em 08 de junho de 1936, porém não vige mais. Ela foi denunciada, como resultado da ratificação da Convenção 89 da OIT.

As Convenções 04 e 41 possuem as mesmas redações no que se refere à proibição do trabalho feminino noturno.

Ainda sobre a proteção da mulher no ambiente laboral e a regulamentação do trabalho noturno feminino, adveio a Convenção 89, da OIT, que foi ratificada em 25 de abril de 1957 e promulgada pelo Decreto 41.721, de 25 de maio de 1957. Além do previsto nas convenções anteriores, determinou que o trabalho feminino noturno poderia ser autorizado por decisão do governo, após consulta às organizações de empregadores e de empregados, em circunstâncias particularmente graves e em que haja exigência do interesse nacional. Determinava que as restrições trazidas pela convenção 89 não se aplicavam às mulheres que ocupavam postos de responsabilidade de direção ou de natureza técnica, bem como àquelas que trabalhavam em serviços de higiene e bem-estar e que não executassem normalmente trabalho manual.

Atualmente, não há vedação ao trabalho noturno feminino, pois a Constituição Federal de 1988 proibiu a discriminação entre homem e mulher. A legislação trabalhista nacional previa, desde 1984, a flexibilização das regras acerca da proibição do trabalho noturno, e foi revogada em 1989.

Na 34ª Conferência Internacional do Trabalho, em Genebra, ocorrida em 1951, foi aprovada a Convenção 100 da OIT (ratificada em 25 de abril de 1957, e promulgada pelo Decreto 41.721, de 25 de junho de 1957), que versa sobre a igualdade de remuneração entre homens e mulheres.

Na Conferência Internacional do Trabalho posterior, em 1952, foram aprovadas as duas convenções, que entendemos serem as mais importantes para a proteção social: a Convenção 102 e a Convenção 103 da OIT. A sua importância é devido à abrangência de tais instrumentos e à determinação de parâmetros básicos que influem na proteção social como um todo.

A convenção 102 foi ratificada em 15 de junho de 2009, embora não tenha sido promulgada, e traz regras mínimas de Seguridade Social a serem seguidas pelos países signatários. Embora não tenha sido promulgada, ela merece atenção e estudo, visto que dedica uma parte de suas disposições para a proteção da mulher gestante. Ela determina que devem ser asseguradas prestações de maternidade, cobrindo os eventos de gravidez e parto e suas consequências, e as mulheres não podem ficar sem perceber prestações protetivas quando houver suspensão dos proventos em virtude ao afastamento do labor. Também deve fornecer assistência médica à maternidade, inclusive às esposas dos homens assalariados.

Cabe destacar que, embora a normativa brasileira não preveja assistência médica específica para a gestante, há o Sistema Único de Saúde (SUS) que garante atendimento médico gratuito e universal a todas as pessoas, sejam assalariadas ou não.

Acerca da suspensão dos proventos da mulher em virtude da gestação, determina referida convenção que deverá haver um pagamento periódico, observando a carência considerada pelo país, e que seja suficiente para evitar abusos durante evento. Entretanto, permite que os pagamentos periódicos possam ser limitados a doze semanas, exceto nos casos nos quais a legislação nacional determine duração maior, como é o caso do Brasil, que prevê 120 dias.

Entretanto, embora importante, essa Convenção não está vigente no ordenamento jurídico brasileiro, pois não foi promulgada.

A 35ª reunião aprovou a Convenção 103, e essa vige no Brasil, pois foi promulgada pelo Decreto 58.820, de 14 de julho de 1966. Essa convenção compreende a proteção à maternidade, não se limita às mulheres trabalhadoras das indústrias, mas amplia a proteção para trabalhos não industriais, agrícolas e àquelas que trabalham em domicílio.

Prevê que toda mulher que apresente atestado médico com data prevista para o parto tenha uma licença de maternidade com duração mínima de doze semanas, sendo uma parte dela, equivalente a pelo menos seis semanas, que deve ser gozada,

obrigatoriamente, após o parto. Determina também que, em caso de doença confirmada como resultante da gravidez, a legislação deve prever uma licença pré-natal suplementar, com duração a ser estipulada pela autoridade competente. No Brasil, tal proteção ocorre por meio dos benefícios por incapacidade promovidos pela Previdência Social, haja vista a mulher tornar-se estar incapacitada para o trabalho. Tal como na Convenção 102, prevê a assistência médica para a gestante e a puérpera prestada pelo SUS.

Cabe importante destaque ao Artigo IV, item 8, quanto à determinação da responsabilidade pelo custeio das prestações devidas, nos seguintes termos: “Em hipótese alguma, deve o empregador ser tido como pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas às mulheres que ele emprega”.

Embora não seja dito expressamente, está claro que a responsabilidade deve recair sobre o Estado, e que o empregador não pode ser onerado pelos custos da gravidez de suas funcionárias.

A Convenção traz proteção à lactante e determina que será autorizada a interrupção da jornada de trabalho, durante um ou vários períodos, para que possa amamentar a criança nascida, e tais interrupções devem ser computadas na duração e remuneração do trabalho. Por fim, determina que é ilegal a dispensa da mulher durante o período de gestação ou do parto. A importância da proteção da maternidade é tamanha que lhe foi dedicada uma convenção internacional específica e exclusiva, com detalhamento de como deve ocorrer a proteção mínima das gestantes e das lactantes.

Após o advento da Convenção 103 – que foi um marco na proteção à maternidade –, em junho de 1952, a OMS divulgou o Relatório Técnico 51<sup>7</sup>, no qual traz importante definição do objeto da proteção à maternidade:

---

<sup>7</sup> OMS, Organização Mundial da Saúde. Comitê Especializado em Proteção à Maternidade. **Relatório Técnico 51**. Genebra, jun. de 1952. Disponível em: [http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/40188/WHO\\_TRS\\_51.pdf?sequence=1](http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/40188/WHO_TRS_51.pdf?sequence=1). Acesso em 22 de mar. 2022.

O objeto da proteção à maternidade é: salvaguardar a saúde das mulheres durante a gestação e amamentação. Ensinar os cuidados dispensados com os filhos. Permitir dar à luz crianças saudáveis. Garantir o parto e acompanhamento pós-parto, cuidados com os recém-nascidos, manutenção da lactação. Em sentido amplo, começa antes da gestação – todas as medidas tomadas em favor dos futuros pais, para promover o bem-estar deles e saúde – ideia justa de família e o lugar dela na coletividade. Quais as responsabilidades dos pais. Abrange também o problema de infertilidade e planejamento familiar.<sup>8</sup>

Após a Convenção 103, o Brasil ratificou apenas a Convenção 189 (aprovada pelo Decreto Legislativo 172, de 04 de dezembro de 2017 e ratificada em 31/01/2018), que versa sobre o trabalho decente para as trabalhadoras e trabalhadores domésticos. Após essa, não houve outra convenção ratificada que abordasse a proteção da mulher no ambiente de trabalho.

Em 2000, em Genebra, a Organização Internacional do Trabalho elaborou a Convenção 183 que versa sobre proteção à Maternidade, porém essa não foi ratificada pelo Brasil. Nessa convenção consta que a licença maternidade deve ter a duração mínima de catorze semanas. Também tem como novidade a proteção ao emprego, garantindo à mulher estabilidade durante a gravidez, gozo de licença maternidade e de ser reintegrada ao trabalho, conforme a legislação nacional determinar. É garantido à mulher retornar ao mesmo posto de trabalho e cargo que possuía antes do afastamento. Expressamente prevê que a gestação não pode ser motivo de discriminação no emprego e que deve promover o acesso de emprego.

Essa convenção prevê o que o Brasil já tinha antevisto em seu ordenamento interno; tais como, salário-maternidade com duração estendida, estabilidade para a gestante, e a proibição de discriminação contra a mulher. Porém, por não compor o ordenamento jurídico brasileiro, a convenção não consegue impor as previsões de parâmetros mínimos a serem cumpridos.

No cenário internacional, a Recomendação 191 versa sobre a proteção da maternidade<sup>9</sup>, recomendando, com base na Convenção 183, que os membros devem

---

<sup>8</sup> Tradução livre da redação original: The object of maternity care is to ensure that every expectant and nursing mother maintains good health, learns the art of childcare, has a normal delivery, and bears healthy children. Maternity care in the narrower sense consists in the care of the pregnant woman, her safe delivery, her postnatal examination, the care of her newly born infant, and the maintenance of lactation. In the wider sense it begins much earlier in measures aimed to promote the health and well-being of the young people who are potential parents, and to help them to develop the right approach to family life and its place in the community. It should also include guidance in parent-craft and in problems associated with infertility and family planning

<sup>9</sup>OIT, Organização Internacional do Trabalho. **Recomendação sobre a proteção da maternidade.** Genebra, 15 jun. 2000. Disponível em:

estender a licença maternidade para dezoito semanas, e que, no seu retorno às atividades laborais, a mulher tem direito de ocupar o mesmo posto de trabalho, ou algum equivalente com remuneração igual ou superior. Em relação à proteção à saúde da mulher, além da prestação médica, recomenda-se que a mulher apenas realize trabalho noturno mediante apresentação de documentação médica que a autorize, bem como deve ter adaptação a trabalhos compatíveis com sua situação, sem que comprometa sua saúde ou a da criança.

Recomenda que, caso a mãe trabalhadora venha a falecer, o pai da criança tenha direito a receber licença com duração equivalente ao período faltante para o fim da licença da mãe. No caso de enfermidade ou hospitalização da mãe durante o período da licença, essa deve ser prorrogada pelo período que faltava quando da internação, após o fim do período de internação. Também prevê que a mãe e o pai que trabalham devem ter direito a uma licença parental durante o período seguinte à expiração da licença maternidade. Por fim, recomenda que os pais adotivos tenham acesso ao sistema protetivo garantido às mulheres gestantes.

Embora não tenha força vinculante no Brasil, a Convenção 183 e a Recomendação 191 trazem importantes proteções para a mulher, para a maternidade e para a maternagem (enquanto capacidade de cuidado que se estende ao pai e pais adotantes), que deveriam ser aplicadas em todos os países.

O Brasil já implementou algumas destas previsões, tal como o salário-maternidade para os pais adotivos (art. 71-A, da Lei 8.213/1991), a possibilidade de o pai receber o benefício de salário-maternidade pelo período remanescente em caso de óbito da mãe (art. 71-B, da Lei 8.213/1991), e a extensão do benefício de salário-maternidade enquanto perdurar a internação da mãe ou do filho.

A extensão do benefício enquanto mãe e/ou bebê estiver(em) internado(s) foi decorrência da Ação Direta de Inconstitucionalidade 6327 DF, cuja decisão cautelar do STF acarretou a Portaria Conjunta DIRBEN/DIRAT/PFE/INSS nº 28, de 19 de março de 2021, do Ministério da Economia, INSS e Diretoria de Benefícios. Em outubro de 2022 foi concedida a decisão terminativa<sup>10</sup>, transitada em julgado em 15

---

[https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312529:NO](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312529:NO). Acesso em: 02 mar. 2022

<sup>10</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6327/DF**. CONSTITUCIONAL. DIREITOS SOCIAIS. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE CONVERTIDA EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. POSSIBILIDADE. CONTAGEM DE TERMO INICIAL DE LICENÇA-MATERNIDADE E DE SALÁRIO-MATERNIDADE A PARTIR DA ALTA HOSPITALAR DO RECÉM-NASCIDO OU DA MÃE, O QUE

de novembro de 2022, confirmando a autorização da prorrogação do benefício previdenciário:

CONSTITUCIONAL. DIREITOS SOCIAIS. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE CONVERTIDA EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. POSSIBILIDADE. CONTAGEM DE TERMO INICIAL DE LICENÇA-MATERNIDADE E DE SALÁRIO-MATERNIDADE A PARTIR DA ALTA HOSPITALAR DO RECÉM-NASCIDO OU DA MÃE, O QUE OCORRER POR ÚLTIMO. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO DO §1º DO ART. 392, DA CLT, E DO ART. 71 DA LEI 8.213/1991. NECESSÁRIA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À MATERNIDADE E À INFÂNCIA. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

1. Cumpridos os requisitos da Lei nº. 9.882/99, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) entende possível a fungibilidade entre ADI e ADPF.

2. A fim de que seja protegida a maternidade e a infância e ampliada a convivência entre mães e bebês, em caso de internação hospitalar que supere o prazo de duas semanas, previsto no art. 392, §2º, da CLT, e no art. 93, §3º, do Decreto nº. 3.048/99, o termo inicial aplicável à fruição da licença maternidade e do respectivo salário-maternidade deve ser o da alta hospitalar da mãe ou do recém-nascido, o que ocorrer por último, prorrogando-se ambos os benefícios por igual período ao da internação.

3. O direito da criança à convivência familiar deve ser colocado a salvo de toda a forma de negligência e omissão estatal, consoante preconizam os arts. 6º, caput, 201, II, 203, I, e 227, caput, da Constituição da República, impondo-se a interpretação conforme à Constituição do §1º do art. 392 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e do art. 71 da Lei nº. 8.213/1991

4. Não se verifica critério racional e constitucional para que o período de licença à gestante e salário-maternidade sejam encurtados durante a fase em que a mãe ou o bebê estão alijados do convívio da família, em ambiente hospitalar, nas hipóteses de nascimentos com prematuridade e complicações de saúde após o parto.

5. A jurisprudência do STF tem se posicionado no sentido de que a ausência de previsão de fonte de custeio não é óbice para extensão do prazo de licença-maternidade, conforme precedente do RE nº. 778889, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/03/2016. A prorrogação de benefício existente, em decorrência de interpretação constitucional do seu alcance, não vulnera a norma do art. 195, §5º, da Constituição Federal.

6. Arguição julgada procedente para conferir interpretação conforme à Constituição ao artigo 392, §1º, da CLT, assim como ao artigo 71 da Lei nº. 8.213/91 e, por arrastamento, ao artigo 93 do seu Regulamento (Decreto nº. 3.048/99), de modo a se considerar como termo inicial da licença-maternidade e do respectivo salário-maternidade a alta hospitalar do recém-nascido e/ou de sua mãe, o que ocorrer por último, prorrogando-se em todo o período os benefícios, quando o período de internação exceder as duas semanas previstas no art. 392, §2º, da CLT, e no art. 93, §3º, do Decreto nº. 3.048/99.

---

OCORRER POR ÚLTIMO. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO DO §1º DO ART. 392, DA CLT, E DO ART. 71 DA LEI 8.213/1991. NECESSÁRIA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À MATERNIDADE E À INFÂNCIA. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. Requerente: Solidariedade. Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Edson Fachin, 24 de out. 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15354556029&ext=.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2022.

Desse modo, a proteção à mulher no ambiente de trabalho é ampla e abrangente, e embora nem todas vivam no Brasil, é necessário observar que se caminha para uma proteção cada vez maior da mulher e dos cuidadores das crianças, principalmente gestante no ambiente de trabalho.

### **1.3. Dimensões Protetivas da Mulher no Direito Previdenciário e Direito Trabalhista**

A proteção da mulher no ambiente de trabalho no Brasil se realiza pelo direito do trabalho e pelo direito previdenciário, sendo que a proteção mais ampla é oferecida pelo direito trabalhista. O direito previdenciário, ao versar especificamente sobre a mulher, se encarrega apenas da proteção da maternidade. Já a proteção à saúde pela dimensão previdenciária ocorre para todos os trabalhadores, independentemente do sexo, por meio dos benefícios por incapacidade.

A proteção se transformou ao longo dos anos, tendo como importante marco o advento da Constituição Federal de 1988, que trouxe a igualdade como direito fundamental, no caput do art. 5º, que determina que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, bem como constitucionalizou a proteção aos direitos dos trabalhadores, nos termos do art. 7º.

A Constituição Federal de 1988 concede destaque especial à proteção à maternidade, uma vez que traz a contingência maternidade como pertencente ao rol de riscos protegidos pela Previdência Social no artigo 202, bem como o prevê como um dos direitos trabalhistas do artigo 7º.

Conjuntamente com a previsão constitucional, a legislação trabalhista infraconstitucional oferece garantia de não discriminação, de proteção à saúde e à integridade física da mulher trabalhadora.

Respeitar a igualdade não significa afirmar que todos devem ser tratados de modo indistinto – como igualdade formal –, mas implica respeitar as diferenças para que todos tenham condições para atingirem os mesmos resultados – como igualdade material. As desigualdades devem ser tratadas de maneiras diferentes para que as desigualdades diminuam e se atinja uma efetiva igualdade.

O ambiente laboral deve respeitar o Princípio da Não Discriminação. Esse princípio é definido por Maurício Godinho Delgado da seguinte forma: “princípio de

proteção, de resistência, denegatório de conduta que se considera gravemente censurável. Portanto, labora sobre um piso de civilidade que se considera mínimo para a convivência entre as pessoas”.<sup>11</sup>

Esse autor destaca que o Princípio da Não Discriminação, no Direito do Trabalho, não se confunde com o Princípio da Isonomia.

Contudo, não são conceitos efetivamente idênticos. O princípio da não discriminação é princípio de proteção, de resistência, denegatório de conduta que se considera gravemente censurável. Portanto, labora sobre um piso de civilidade que se considera mínimo para a convivência entre as pessoas. Já o princípio da isonomia é mais amplo, mais impreciso, mais pretensioso. A ideia de isonomia ultrapassa, sem dúvida, a mera não discriminação, buscando igualar o tratamento jurídico a pessoas ou situações que tenham relevante ponto de contato entre si. Mas não é, necessariamente (embora em certas situações concretas possa se confundir com isso), princípio de resistência básica, que queira essencialmente evitar conduta diferenciadora por fator injustamente desqualificante. A isonomia vai além, podendo seu comando igualador resultar de mera conveniência política, cultural ou de outra natureza (embora estas também sejam importantes, é claro), sem comparecer, no caso, fundamentalmente para assegurar um piso mínimo de civilidade para as relações entre as pessoas.<sup>12</sup>

Desse modo, a mulher é protegida no seu labor e não pode sofrer qualquer tipo de discriminação no ambiente do trabalho, seja ela decorrente do sexo, ou da maternidade.

Essa situação também ocorre na Espanha, que incorporou a proteção da saúde da trabalhadora grávida no ordenamento jurídico, e que Gené e Burillo analisam a dificuldade de harmonizar a proteção da saúde das gestantes com a não discriminação das mulheres no acesso e permanência no trabalho, pois, uma normativa excessivamente protetora poderia acarretar uma retração na contratação feminina.<sup>13</sup>

Nesse sentido, verifica-se que a legislação trabalhista garante tratamento diverso à mulher, para que ela não sofra discriminação e para que não tenha sua saúde e/ou integridade física prejudicadas.

As medidas de proteção ao trabalho das mulheres são consideradas de ordem pública, e não podem ser utilizadas como justificativa para a redução de salário,

---

<sup>11</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 956. Kindle

<sup>12</sup> Ibidem.

<sup>13</sup> GENÉ, Josep Moreno; BURILLO, Ana M<sup>a</sup>. Romero. **Maternidad y Salud Laboral: la protección de la salud laboral de la trabajadora embarazada, de parto reciente y em período de lactancia**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 11.

exclusão de qualquer forma, motivos para demissão ou não contratação, pois configurariam medida discriminatória.

Tal como aconteceu com a previsão da proibição do trabalho noturno para a mulher, a vedação do trabalho feminino em atividades perigosas e insalubres foi extinto com o advento da Constituição Federal de 1988, e foi expressamente revogada em 1989. Insta salientar que o trabalho feminino em mineração subterrânea continua proibido (art. 301 da CLT), visando proteger a saúde da mulher.

A maternidade também é protegida no direito do trabalho. Além de garantir que a mulher não pode ser discriminada em caso de gestação, garante que ela tem direito de se afastar das atividades laborais após o parto, adoção, ou aborto, e tem a garantia de emprego da gestante, desde o momento da ciência da gestação, até cinco meses após o parto, nos termos do art. 10, II, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT e do art. 391-A da CLT.

O ADCT garante que, até que advenha uma Lei Complementar, fica proibida a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez, até cinco meses após o parto. Até setembro de 2022, a Lei complementar não foi implementada, e, portanto, ainda é válido aquele previsto pelo ADCT.

A previsão da estabilidade provisória para o empregado adotante ou a quem tenha sido concedida a guarda provisória para fins de adoção foi inserida no ordenamento jurídico por meio da Lei n. 13.509, de 22 de novembro de 2017, que alterou o art. 391-A da CLT.

Essa previsão, que configura estabilidade provisória da gestante, também é chamada de garantia de emprego. Mauro Schiavi ensina a diferença entre o instituto da Estabilidade Permanente e o da Garantia de Emprego.

Segundo a doutrina, estabilidade é um direito do trabalhador de se manter no emprego contra a vontade do empregador, ao menos que exista um motivo previsto em lei que autorize o término do vínculo de emprego. A Estabilidade é prevista é caráter geral e por tempo indeterminado.

A garantia de emprego (também denominada pela doutrina de estabilidade provisória) é o direito de manutenção do emprego, pelo trabalhador, contra a vontade do empregador, em caráter especial, ou seja, em razão de uma condição específica do empregado, e por tempo determinado.<sup>14</sup>

Enquanto haja a previsão da estabilidade provisória, é facultado à empregada gestante romper o compromisso resultante de qualquer contrato de trabalho que seja

---

<sup>14</sup> SCHIAVI, Mauro. **Manual Didático de Direito do Trabalho**. Salvador: JusPodivm, 202, p. 365 - 366.

prejudicial à sua gestação ou à criança, desde que mediante apresentação de atestado médico.

Além de a previsão da estabilidade provisória, à gestante é garantida a Licença-Maternidade que configura um afastamento das atividades laborais por 120 dias após o parto, sem prejuízo do emprego e do salário. O mesmo se aplica para o empregado adotante ou que tenha guarda judicial para fins de adoção.

No caso do parto, o afastamento das atividades laborais pode iniciar em até 28 dias antes da data prevista para o parto, e o período da licença pode ser estendido por até duas semanas, antes ou depois. As duas previsões dependem de atestado médico.

Após o parto a empregada tem direito de intervalos para amamentação até os seis meses da criança, inclusive em caso de adoção, e quando o cuidado da saúde da criança necessitar, esse período poderá ser estendido.

É garantido que a empregada gestante seja transferida de função quando as condições de saúde exigir sem prejuízo de salário e demais direitos, sendo garantida a retomada à função quando houver o retorno ao trabalho, ao fim da licença maternidade. Também deve ser dispensada do horário de trabalho para realização de consultas médicas e exames necessários.

A reforma trabalhista, trazida pela Lei n. 13.467, de 2017, trouxe a previsão de afastamento da gestante das atividades insalubres enquanto durar a gestação, devendo a empresa manter o pagamento do adicional de insalubridade durante o período de gestação e de lactação.

Quando a gestante afastada da atividade insalubre não puder exercer sua atividade laboral habitual em local salubre na empresa, a gravidez deverá ser considerada de risco, e ensejará a percepção de salário-maternidade, nos termos da legislação previdenciária, durante o período de afastamento. Apresentaremos essa matéria em tópico próprio.

Verifica-se que a Lei n. 13.467/2017 não trouxe os efeitos necessários e gerou manifestações contrárias, mantendo essa pauta em discussão. Como exemplo, a Sugestão n. 13, de 2019, que propõe a revogação total dessa Lei, encontra-se desde abril de 2019 com a Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa.

Nesse mesmo sentido, há o Projeto de Lei do Senado n. 359, de 2018, que propõe a revogação da referida Lei, conservando apenas a extinção da obrigatoriedade do imposto sindical. A última movimentação sucedeu em 17/12/2019,

quando o relator Senador Fernando Bezerra Coelho, apresentou um relatório contrário ao projeto.

Também existe o Projeto de Lei do Senado n. 405, de 2017, que propõe a alteração da CLT para assegurar o equilíbrio da relação capital-trabalho e corrigir distorções decorrentes da Reforma Trabalhista. O projeto encontra-se na Secretaria de Apoio à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, e a última movimentação foi em 21/12/2018.

Existem outros projetos de alteração da referida lei tramitando na Câmara dos Deputados, tais como, o PL 16/19, que propõe a modificação da limitação da indenização por dano extrapatrimonial instituída pela reforma trabalhista.

Entretanto, merece destaque o Projeto de Lei n. 11.239/18 que propõe que mulheres gestantes e lactantes se afastem de trabalhos insalubres com direito a pagamento de adicional de insalubridade pela empresa, que foi aprovado pelo Senado e tramita na Câmara dos Deputados.

A Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher – CMULHER teve o parecer do Relator deputado Fábio Trad aprovado em 29/04/2021, e na Comissão de Trabalho, de Administração e de Serviço Público - CTASP, o parecer do Relator Deputado Rogério Correia foi apresentado em 17/08/2021. Em janeiro de 2023 o Projeto de Lei aguarda deliberação do plenário da Câmara dos deputados, e não há data prevista para tal deliberação ocorrer.

Observa-se que, embora não seja unânime, a Lei n. 13.467/2017 vige e produz efeitos, e converge com a legislação previdenciária em previsão expressa no que tange à proteção das grávidas.

A partir desta exposição, em seguida passa-se à análise da proteção à mulher pela legislação previdenciária. É necessário frisar que todos os benefícios previdenciários podem ser concedidos para homens e mulheres. Entretanto, o benefício de salário-maternidade merece destaque no que tange à proteção da mulher.

Conforme já abordado, a gestação e a maternidade possuem previsão na legislação trabalhista, e por este motivo o benefício previdenciário do salário-maternidade e da licença maternidade se confundem na prática, ainda que sejam institutos diversos.

Acerca da natureza jurídica do salário-maternidade, merece destaque a explicação de Maurício Godinho Delgado:

A natureza jurídica do salário-maternidade, hoje, é estritamente previdenciária, qualquer que seja o mecanismo observado para o seu pagamento (Lei n. 8.213/91). Esta natureza jurídica definiu-se, no Direito brasileiro, a partir das Leis ns. 6.136/74 e 6.332/76, que suprimiram a parcela do conjunto das obrigações trabalhistas do empregador, transferindo-a ao encargo da Previdência Oficial. Até essa época, o salário-maternidade caracterizava-se como o conjunto de parcelas contratuais (salariais, inclusive) devidas pelo empregador à obreira no período de interrupção do contrato derivado do afastamento da gestante. Não tinha a parcela, naquele período, portanto, natureza previdenciária, mas trabalhista.

Essa antiga sistemática (natureza trabalhista do salário-maternidade e não previdenciária, sendo devido, pois, diretamente pelo empregador) ocorreu nas décadas anteriores à vigência da Lei n. 6.136/74, por força da incidência dos arts. 392 e 393, da CLT. A mesma sistemática (assunção da parcela pelo empregador) teria se repetido no período situado entre a Constituição de 1988 e a Lei n. 8.213/91, exclusivamente com respeito ao lapso temporal mais amplo de afastamento previsto pela Constituição em contraponto com a CLT (120 dias versus 84 dias: 36 dias). É que até o surgimento da Lei n. 8.213/91, a Previdência Oficial não podia responder pelos 36 dias de acréscimo de licença-maternidade assegurados pelo novo Texto Máximo. De todo modo, com a emergência da n. 8.213, de 1991, superou-se a controvérsia, uma vez que a Previdência Oficial assumiu toda a responsabilidade pelo novo lapso temporal de afastamento criado pela nova Constituição (7).

(7) De toda maneira, a jurisprudência pacificou, à época, caber ao empregador o pagamento da diferença oriunda da Constituição, enquanto não surgisse lei autorizadora da assunção do encargo pela Previdência: OJ 44, SDI-I/TST. Note-se, por outro lado, que, em face do incentivo fiscal estipulado pela Lei n. 11.770/2008 (art. 5º), preserva-se a natureza previdenciária do salário-maternidade prorrogado por mais 60 dias por essa lei<sup>15</sup>.

Conforme destacado, o salário-maternidade, após o advento das leis ns. 6.136/1974 e 6.332/1976, se tornou um instituto exclusivamente pertencente ao direito previdenciário, vez que deixou de se tratar de um conjunto de parcelas contratuais e o encargo do custo com o suporte à maternidade se tornou responsabilidade da Previdência Social.

Posteriormente, após o período de Ditadura Militar, com a redemocratização do Brasil, entrou em vigor a Constituição Federal de 1988, que vige até o presente momento, e alterou a duração do benefício em comento, de 84 dias para 120 dias.

No interregno entre a promulgação da CF/88 e a entrada em vigor das leis ns. 8.212/1991 e 8.213/1991 houve um impasse acerca de quem custearia o afastamento da gestante nos 36 dias de diferença (120 conforme a nova constituição, e 84 dias conforme a legislação trabalhista anterior), e que fora atribuído ao empregador, ante a ausência de previsão legal. Neste intervalo entre 1988 e 1991, a velha sistemática de atribuir natureza trabalhista ao benefício entrou em comento, mas brevemente foi

---

<sup>15</sup> Ibidem, p. 851 - 852.

sanada pelas disposições das leis de 1991 – lei de benefícios (Lei 8.213/1991) e lei de custeio da previdência social (Lei 8.212/1991),

Cesariano Junior, nos anos de 1960, elaborou uma explicação sobre a nomenclatura do benefício.

Em alguns países incumbe ao empregador e não ao seguro social o pagamento no todo ou em parte do salário da mulher grávida e puérpera durante o período de afastamento do trabalho, que lhe é impôsto pela lei. É o caso do denominado *salário-maternidade* que, no Brasil e nesses países, se deve distinguir do pagamento feito pelo seguro social e que se denomina, entre nós, *auxílio-natalidade* ou *auxílio-maternidade*. Assim é que o art. 393, da C.L.T. dispõe, no § único, depois de referir-se, no corpo do artigo, ao salário-maternidade: “A concessão de auxílio-maternidade por parte de instituição de previdência social não isenta o empregador da obrigação a que alude o artigo”.<sup>16</sup>

Até 1974, o benefício era trabalhista, custeado pela empresa empregadora. Após o advento da legislação previdenciária (Leis n. 6.136 de 1974, e 6.332 de 1976), o benefício se tornou responsabilidade do Estado, por meio do órgão de previdência. Tal alteração está em conformidade com a Convenção 103, da OIT, que determina que os custos da gestação da empregada não podem recair sobre o empregador.

Devido a esse levantamento de alterações da natureza jurídica do benefício, a legislação previdenciária atual, representada majoritariamente pela Lei de Benefícios (Lei n. 8.213/1991), está consolidada em termos de nomenclaturas e estrutura. Porém, a legislação trabalhista na CLT apresenta contradições ao se referir ao benefício como licença maternidade, e, às vezes, como salário-maternidade.

Entretanto, a proteção previdenciária por meio do benefício de salário-maternidade não extinguiu a licença-maternidade, mas pode ser confundida durante o período em que as proteções são concomitantes.

As empresas filiadas ao programa da Empresa Cidadã concedem licença maternidade de 180 dias, e prorrogam por 60 dias o benefício concedido pela previdência social.

Nos primeiros 120 dias de afastamento, o benefício é custeado pela Previdência-Social. Nos 60 dias restantes, o benefício tem natureza trabalhista, configurando licença-maternidade que é custeada pelo governo federal em modalidade outra que não pelos cofres da Previdência-Social.

---

<sup>16</sup> CESARINO JÚNIOR, Antonio Ferreira. **Seguro-Maternidade em Direito Comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1961, p. 48.

Deste modo, embora aparentemente iguais, são institutos de natureza distinta e ambos visam a proteção da maternidade, atingindo diretamente a proteção à mulher trabalhadora.

Por fim, destaca-se que, diferente da legislação trabalhista, a legislação previdenciária não faz distinção entre homens e mulheres ao versar sobre a proteção à saúde do trabalhador. A proteção ocorre por meio do risco de incapacidade, visto que a Previdência Social concede benefícios previdenciários para todos aqueles que se encontram incapazes para a realização da atividade laboral habitual.

## 2. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À GRÁVIDA

### 2.1. Garantias gerais à pessoa humana aplicadas à gestante

A Constituição Federal de 1988 apresenta previsões de proteção à pessoa humana. Essas previsões são gerais, aplicáveis a todas as pessoas, independentemente da cor, raça, credo, religião e classe social. Esses direitos são chamados de fundamentais. E, José Afonso da Silva afirma que os direitos fundamentais se concretizam em “garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas”, e compõem situações jurídicas “sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive”.<sup>17</sup>

Ingo Wolfgang Sarlet<sup>18</sup> define:

Assim, os direitos fundamentais nascem e se desenvolvem com as Constituições nas quais foram reconhecidos e assegurados e é sob tal perspectiva (não excludente de outras dimensões)

Conforme citado por Robert Alexy, Friederich Müller na obra “Normbereiche von Einzelgrundrechten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”<sup>19</sup> define “direitos fundamentais” da seguinte maneira:

Os direitos fundamentais são garantias de proteção, substancialmente conformadas, de determinados complexos de ações, organizações e matérias individuais e sociais. Esses ‘âmbitos materiais’ são transformados em ‘âmbitos normativos’ por meio do reconhecimento constitucional e da garantia da liberdade no campo da prescrição normativa, do programa da norma. Os âmbitos normativos participam da normatividade prática, isto é, eles são elementos co-determinantes da decisão jurídica.

Deste modo, os direitos fundamentais compõem o Estado Brasileiro e são garantidos a todos, pois são direitos essenciais às pessoas humanas. São exemplos de direitos da pessoa humana os direitos à liberdade, vida, saúde, e todos eles se unem à Dignidade da Pessoa Humana, prevista no Art. 1º, inciso III, da Constituição Federal.

---

<sup>17</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36 ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 180.

<sup>18</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 12 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, versão de leitura digital. Disponível em: [https://www.google.com.br/books/edition/A\\_Efic%C3%A1cia\\_dos\\_Direitos\\_Fundamentais/zERPDwAAQBAJ?hl=pt-BR&gbpv=1](https://www.google.com.br/books/edition/A_Efic%C3%A1cia_dos_Direitos_Fundamentais/zERPDwAAQBAJ?hl=pt-BR&gbpv=1). Acesso em: 03 jun. 2022.

<sup>19</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Vergílio Afonso da Silva. 5. ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2006. Título original: Theorie der Grundrechte, p. 78.

Para fins do presente estudo, é necessária a atenção aos direitos sociais à saúde, trabalho e previdência social, previstos no *caput* do art. 6º, e artigos 196 a 200, todos da Constituição Federal.

Para Osvaldo Ferreira de Carvalho<sup>20</sup>, o conceito de direitos sociais é:

Os direitos sociais são direitos fundamentais que pertencem a toda pessoa individualmente considerada, haja vista a sua própria condição de ser pessoa confere-lhe ser portadora de direitos básicos que possibilitam a realização plena de sua humanidade e, sob essa perspectiva, legitimar e criar uma sociedade justa. Assim sendo, os direitos sociais possuem como principal característica a condição de articular-se não apenas ao tomar como valor central a própria dignidade humana, mas também ao levar em conta a igualdade material, em clara conexão com valores inspiradores de outros direitos igualmente fundamentais, reafirmando sua interdependência e indivisibilidade com os denominados direitos civis e políticos ou direitos de primeira dimensão. Os direitos sociais expressam valores como igualdade de oportunidades, qualidade de vida, solidariedade e não discriminação. Sob esse panorama é fácil apreender o verdadeiro significado e alcance dos direitos sociais como parte integrante do conjunto mais amplo dos direitos humanos ou fundamentais.

Cristina Queiroz, na obra “O Princípio da Não Reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais”<sup>21</sup>, ensina que os direitos fundamentais sociais configuram obrigações de prestação positivas a cargo do Estado, conforme segue:

De um ponto de vista estrutural, os direitos económicos, sociais e culturais ou, genericamente, os direitos fundamentais sociais, constituem obrigações de prestação *positivas* cuja satisfação consiste num *facere*, uma “ação positiva” a cargo dos poderes públicos.

A partir da noção sobre direitos sociais, se verifica que os Direitos à saúde, trabalho e previdência social devem ser garantidos a todos.

---

<sup>20</sup> CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. Os Direitos Sociais Como Categoria Constitucional. **Revista Direito Público**, v. 14, n. 81, mai - jun 2018, p 79. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2898>. Acesso em: 3 dez. 2022.

<sup>21</sup> QUEIROZ, Cristina. **O Princípio da Não Reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 16.

### 2.1.1. Direito à Saúde

O Direito à Saúde é direito de todos e dever do Estado, e objetiva garantir a vida. O Estado deve garantir assistência integral à saúde de modo gratuito, mas também permite que particulares prestem tais serviços de maneira onerosa.

Antes da CF/88, a prestação de serviço gratuito de saúde ocorria apenas aos trabalhadores protegidos pelos Institutos e Caixas de Previdência Social. Com a promulgação da Carta Magna de 1988, foi instituído o Sistema Único de Saúde (SUS), estruturado em 1990 por meio da Lei n. 8080.

Deste modo, atualmente, existe uma cobertura universal na área da saúde, que garante atendimento gratuito a todas as pessoas, independentemente da capacidade financeira e sem qualquer tipo de discriminação.

Conforme Marisa Ferreira dos Santos<sup>22</sup>, a saúde deve ser executada em três etapas, todas visando a saúde integral às pessoas.

A atuação estatal deve se voltar para todas as etapas da cobertura. Na etapa da promoção do direito à saúde, estão as ações de prevenção do risco doença e outros agravos, de que são exemplos as campanhas para prevenção da contaminação pelo vírus HIV, de prevenção de doenças endêmicas, de vacinação etc. Na etapa da proteção, propriamente dita, estão o atendimento e o tratamento necessários.

E, na etapa de recuperação, deve ser facilitado o acesso a próteses, órteses e demais equipamentos necessários para o retorno à vida em comunidade.

O Poder Público criou a Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde<sup>23</sup>, e elaborou as regras e os princípios básicos que garantem o acesso ao atendimento, como, por exemplo, que todos têm direito a tratamento adequado e efetivo.

A saúde faz parte da tríade da Seguridade Social, elaborada pela Constituição Federal nos artigos 194 e 195. A Seguridade compreende um “conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

Mattia Persiani<sup>24</sup>, ao versar sobre a Seguridade Social, afirma que:

---

<sup>22</sup> SANTOS, Marisa Ferreira dos; LENZA, Pedro (coord.). **Direito Previdenciário Esquemático**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva educação, 2020. E-book, p. 119

<sup>23</sup> BRASIL. **Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde**. 3. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2011.

<sup>24</sup> PERSIANI, Mattia. **Direito da Previdência Social**. 14. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 31 – 32.

Independentemente de quais foram as ocasiões de suas primeiras afirmações, a idéia da seguridade social exprime a exigência de que venha garantida a todos os cidadãos a libertação das situações de necessidade, na medida em que esta libertação é tida como condição indispensável para o efetivo gozo dos direitos civis e políticos.

A eliminação das situações de necessidade, como qualquer outra, não poder ser concretizada por indivíduos que são seus titulares, mas deve ser garantida por toda a coletividade organizada no Estado, para a qual, portanto, essa libertação constitui fim a ser visado, recorrendo-se a uma solidariedade que é geral, na medida em que envolve todos os cidadãos.

Nesse sentido, Miguel Horvath Junior<sup>25</sup>, aborda a finalidade da seguridade social:

A finalidade das prestações de seguridade social é a libertação do homem do estado de necessidade social, de forma a garantir um mínimo de subsistência, de acordo com a capacidade econômica do Estado. O critério finalístico da seguridade social (libertação das necessidades sociais) tem caráter essencialmente individual, protegendo diretamente a pessoa, em si mesma considerada como um bem, devendo amoldar-se à capacidade do Estado.

A seguridade tem como princípios a universalidade da cobertura e do atendimento, uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços, seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços, irredutibilidade do valor dos benefícios, equidade na forma de participação no custeio, diversidade da base de financiamento, e caráter democrático e descentralizado da administração.

Por serem princípios aplicados à seguridade social, são aplicáveis também à saúde. A saúde possui previsão expressa nos artigos 196 a 200 da Constituição Federal, na qual afirma que a saúde é direito de todos e dever do Estado, visando a redução do risco de doença e de outros agravos, bem como o acesso universal e igualitário.

Também determina que as ações e serviços de saúde são deveres do Poder Público, e que deve ser disposta em lei a regulamentação, fiscalização e controle. Permite que a execução possa ser feita diretamente pelo Poder Público, ou através de terceiros, de forma complementar ao SUS. Todas as prestações da saúde serão custeadas nos moldes do artigo 195 da CF/88.

(...) o Serviço Nacional de Saúde é chamado a desenvolver, entre outras, a função de contribuir para a formação de uma moderna consciência da saúde. Cabe-lhe, de fato, prover a prevenção, os diagnósticos e a cura das doenças

---

<sup>25</sup> HORVATH JUNIOR, Miguel. **Salário Maternidade**. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 20.

físicas e psíquicas, a averiguação e a eliminação dos riscos presentes nos ambientes de trabalho e de vida, bem como a reabilitação.<sup>26</sup>

Ao SUS foram atribuídas as competências de controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde, bem como participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e demais insumos. Compete ao SUS, executar ações de vigilância sanitária e epidemiológica e saúde do trabalhador, ordenar a formação de recursos humanos da área da saúde, participar do saneamento básico, incrementar o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação. Deve fiscalizar e inspecionar alimentos, bebidas e águas para consumo humano, controlar e fiscalizar a produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos, e colaborar na proteção do meio ambiente, incluído o ambiente do trabalho.

### 2.1.2. Direito ao Trabalho

A Constituição Federal prevê o direito social ao trabalho, nos termos dos arts. 6º ao 11. É um direito social que decorre da previsão do Art. 1º, IV, da CF/88, que determina que a República Federativa do Brasil tem como fundamento os valores sociais do trabalho.

O art. 170 da CF/88, ao versar sobre a Ordem Econômica, determina que ela é fundada, dentre outros princípios, na valorização do trabalho. O art. 193 determina que a ordem social está baseada no primado do trabalho. Deste modo, o direito ao trabalho não está simplesmente elencado como um dos vários direitos garantidos, mas é base e objetivo da República, fundamento da ordem econômica e da ordem social. O trabalho permeia os mais diversos níveis do ordenamento brasileiro. Ele é condição da efetividade da existência digna, que é a finalidade da ordem econômica e o fundamento da República.

O Direito possui como ramo autônomo de estudo o direito do trabalho. Sobre o direito do trabalho, Rosa Weber<sup>27</sup> determina que deve ser analisado em conjunto com a Constituição Federal.

---

<sup>26</sup> Ibidem, p. 43.

<sup>27</sup> WEBER, Rosa. Hermenêutica Constitucional do Trabalho da Gestante e Lactante em Atividades Insalubres. In: DE MORAIS, Océlio de Jesus Carneiro (coord. e org.). **Transformações e Desafios à Efetividade dos Direitos e Garantias Fundamentais**. São Paulo: LTr, 2021, p. 20.

A Constituição Federal de 1988, a seu turno, ao erigir a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho em fundamentos da República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput* e incisos III e IV), e ao reconhecer expressamente os direitos fundamentais sociais – dentre eles o direito ao trabalho, em seu art. 6º -, com o elenco de direitos assegurados como patamar mínimo aos trabalhadores, no art. 7º, provocou o deslocamento – todos sabemos – do núcleo do Direito do Trabalho. Até então positivado na legislação infraconstitucional, o Direito do Trabalho passou a ostentar envergadura constitucional. A interpretação do Direito do Trabalho há de se fazer, portanto, a partir da Constituição Federal e em harmonia com a nossa Lei Fundamental, enquanto esta é que dá validade a todas as normas do ordenamento jurídico, enfeixando, com sua força normativa e profunda carga axiológica, as regras e princípios unificadores do nosso sistema jurídico.

A previsão expressa dos direitos sociais do trabalho - no artigo 7º a previsão dos direitos individuais do trabalho, e nos artigos 9º ao 11 a previsão dos direitos coletivos dos trabalhadores – determina que devem ser exercidos em coletividade ou no interesse da coletividade. Todos os direitos previstos aos trabalhadores visam a melhoria das suas condições sociais, sendo que alguns dependerão de normas infraconstitucionais para que possam ser implementados, tais como o seguro-desemprego.

Os direitos elencados expressamente na Constituição visando garantir condições dignas de trabalho, para ser possível alcançar a melhoria das condições sociais, são os abaixo transcritos.

É prevista a proteção do emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, devendo haver indenização compensatória e outros direitos. Note-se que não se trata de garantia absoluta ao emprego, nem vedação à demissão, mas uma proteção contra arbitrariedades que possam vir a ser cometidas pelo empregador, garantindo-se a observância dos direitos dos trabalhadores.

São garantidos os benefícios previdenciários de seguro-desemprego para desemprego involuntário, e salário-família em razão de dependente do trabalhador de baixa renda, aposentadoria, traçando, desse modo, uma nítida relação com o direito previdenciário.

Em caso de desemprego involuntário, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) visa proteger o empregado demitido dos malefícios e dificuldades decorrentes do desemprego, atuando conjuntamente com o seguro-desemprego e o direito ao aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço (com um período mínimo de trinta dias), como proteção ao momento em que o empregado estiver sem seu sustento.

O salário-mínimo unificado nacionalmente, que supra as necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, é o mínimo garantido inclusive para aqueles que percebem remuneração variável, devendo haver, conjuntamente, um piso salarial adequado à extensão e à complexidade do trabalho, que nunca seja inferior ao mínimo nacional.

O trabalho digno é garantido mediante jornada não extenuante, com duração do normal de oito horas diárias, e 44 horas semanais, podendo haver compensação e redução de jornada, nos termos de convenções ou de acordos coletivos. Em caso de turnos ininterruptos de revezamento, a jornada de trabalho será de, no máximo, seis horas semanais.

Como forma de se recuperar das atividades laborais, é garantido o repouso semanal remunerado preferencialmente aos domingos, e férias anuais remuneradas em pelo menos um terço a mais do que o valor do salário normal.

Os direitos sobre as condições de trabalho garantem um ambiente de trabalho livre de discriminações de qualquer tipo, adicionais noturno, de insalubridade e periculosidade, sendo que menores de dezoito anos são proibidos de realizar qualquer atividade noturna, insalubre ou perigosa.

Para os menores de dezesseis anos, é proibida a realização de qualquer tipo de trabalho, exceto em condição de menor aprendiz, e esse é permitido a partir dos catorze anos de idade.

Acerca do ambiente laboral inseguro, são garantidos um seguro contra acidentes de trabalho a cargo do empregador, não excludente em relação à indenização devida quando ocorrer dolo ou culpa, e redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança, com adicional de remuneração em caso de atividades penosas, insalubres ou perigosas.

A garantia de salário é medida necessária para que seja possível haver condições dignas de trabalho. É prevista a proibição de diferença de salário, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. Também é proibida a diferenciação de salário e de critérios de admissão do trabalhador com deficiência.

Não é permitida a redução de salário (exceto em caso de disposição contrária e acordo ou convenção coletiva), bem como não é permitida a retenção dolosa do salário do empregado.

São garantidos décimo terceiro salário equivalente a um salário do empregado, remuneração superior ao trabalho noturno em relação ao diurno, remuneração de serviço extraordinário de modo superior em pelo menos 50% (cinquenta por cento) ao do trabalho normal.

A participação nos lucros ou resultados, desvinculado da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, também configuram direito constitucional ao trabalhador.

O trabalhador tem direito de propor ações trabalhistas com prazo prescricional de cinco anos, e até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho.

Há a proteção em face da automação, bem como a proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual.

Dentro dos direitos coletivos, há a previsão constitucional de reconhecimento de convenções e acordos coletivos do trabalho, livre associação profissional ou sindical, direito à greve, e é assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos que versem sobre seus interesses profissionais ou previdenciários.

Para garantir esses direitos, serão aplicados outros direitos constitucionais tais como igualdade, dignidade da pessoa humana, direito à vida, saúde, previdência social.

Por fim, é importante destacar que o Art. 1º, IV, da Constituição determina que um dos fundamentos da República é o valor social do trabalho. A importância social do trabalho humano vai além do sustento do trabalhador e de sua família, e configura uma “forma de desenvolvimento do ser humano em sua plenitude”<sup>28</sup>.

Todo trabalho humano legal, seja autônomo ou rural, possui seu valor e é essencial para o desenvolvimento da sociedade, e não apenas aqueles realizados sob a égide da legislação trabalhista vigente. Há sempre que se observar a melhoria da qualidade de vida do trabalhador, evitando-se sempre a precarização do trabalho.

---

<sup>28</sup> SCHIAVI, Mauro. **Manual Didático de Direito do Trabalho**. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 50.

### 2.1.3. Direito à Previdência Social

Tal como o direito à saúde, a previdência social integra a seguridade social, sendo aplicáveis todos os seus princípios àquela. A Previdência está prevista como direito social no art. 6º da CF/88, e possui sessão própria na CF/88, dentro do capítulo II, da Seguridade Social, correspondente aos artigos 201 e 202.

A atuação da Previdência Social verifica-se de duas maneiras; a prestação de benefícios em pecúnia e em serviços.

A previdência social é, antes de tudo, certa técnica de proteção que depende da articulação entre o Poder Público e os demais atores sociais. Estabelece diversas formas de seguro, para o qual, ordinariamente, contribuem os trabalhadores, o patronato e o Estado, e mediante o qual se intenta reduzir os riscos sociais, notadamente os mais graves: doença, velhice, invalidez, acidentes no trabalho e desemprego.<sup>29</sup>

O sistema previdenciário, incluído no sistema de seguridade social, conjuntamente com a assistência social e a saúde, é um sistema que conta com a participação do Poder Público, seja na gestão ou no custeio; e da sociedade, diretamente no custeio da previdência.

O sistema previdenciário é idealizado de forma a proteger o cidadão dos chamados riscos sociais, que representam situações excepcionais que retiram do trabalhador sua capacidade laboral, impossibilitando-o de auferir renda para seu sustento. Sua principal função é evitar que a pessoa fique em situação de miserabilidade ao ter que se desfazer de seus bens para cumprir compromissos por não possuir qualquer rendimento.<sup>30</sup>

O sistema previdenciário provê proteção que pode ser sintetizada como:

A proteção previdenciária, então, nada mais é do que os mecanismos criados pela sociedade, ao longo de sua existência, para atender aos infortúnios da vida, como doença, velhice, etc., que impedem a pessoa de obter seu sustento.<sup>31</sup>

A CF/88 traz os critérios que devem ser observados para preservar o equilíbrio financeiro e atuarial, e garantir a proteção atuarial. Ela tem como critérios a cobertura

---

<sup>29</sup> BALERA, Wagner. **Noções Preliminares de Direito Previdenciário**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 67.

<sup>30</sup> RODRIGUES, Edgar Dener. A Previdência Social à Luz da Teoria dos Direitos Fundamentais: um direito da personalidade. Em revistas, periódicos, nunca se usa IN: **Revista de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social**. Minas Gerais: v. 1. n. 2, p. 207 – 223. Jul/Dez. 2015. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadssps/article/view/452/pdf>. Acesso em: 11 mai 2022, p. 218.

<sup>31</sup> PANCOTTI, Luiz Gustavo. **Direito Previdenciário Difuso: ação coletiva previdenciária**. Curitiba: Juruá, 2022, p. 71.

de eventos de incapacidade temporária ou permanente para o trabalho (benefício por incapacidade temporária ou permanente) e idade avançada (aposentadoria); proteção à maternidade, especialmente à gestante (salário-maternidade); proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário (seguro-desemprego); salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; e pensão por morte aos dependentes do segurado falecido.

Expressamente proíbe a adoção de requisitos e critérios diferenciados para concessão de benefícios, com exceção de previsões expressas em legislação, com a finalidade de promover a igualdade e isonomia nos casos de segurados com deficiência, que laboram expostos à agentes nocivos à saúde e à integridade física por meio de exposição à agentes químicos, físicos, biológicos, ou associação de agentes.

Os benefícios têm requisitos específicos, que devem ser os mesmos para todos os beneficiários, vedadas quaisquer diferenciações, o que atende aos princípios da universalidade e da uniformidade e equivalência de benefícios e serviços às populações urbanas e rurais.

**Exemplo:** na ocorrência de necessidade decorrente da **contingência doença**, agora denominada incapacidade temporária pela EC n. 103/2019, que acarreta incapacidade total e temporária para as atividades habituais, a proteção previdenciária adequada é o **benefício de auxílio-doença**, na forma prevista no PBPS. Esse benefício tem como requisitos o cumprimento da carência e a incapacidade total e temporária para o trabalho. Esses dois requisitos são os únicos para qualquer segurado, não podendo ser criado um terceiro requisito em razão da qualidade da pessoa ou do tipo de atividade que exerça. O benefício de auxílio-doença tem os **mesmos requisitos e a mesma forma de cálculo** para todos os segurados, independentemente de sua condição pessoal ou profissional.

A **exceção** à proibição constitucional está no **§ 1º, I e II**, do art. 201, que ressalva a adoção de requisitos e critérios diferenciados, com possibilidade de previsão de idade e tempo de contribuição distintos da regra geral, quando se tratar de segurados **com deficiência** e de segurados cujas atividades sejam exercidas com **efetiva exposição** a agentes físicos, químicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação.<sup>32</sup>

Os benefícios que substituem a renda não poderão ter valor inferior ao valor do salário-mínimo nacional vigente, em consonância com a previsão trabalhista constitucional de que nenhum salário será inferior que o salário-mínimo nacional. Os benefícios também deverão ser reajustados de modo que seja preservado o valor real.

Em 13 de novembro de 2019, a Constituição Federal sofreu alteração pela Emenda Constitucional 103/2019 e trouxe novos critérios para a concessão de

---

<sup>32</sup> SANTOS, Marisa Ferreira dos; LENZA, Pedro (coord.). **Direito Previdenciário Esquematizado**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva educação, 2020. E-book, p. 178 – 179.

benefícios previdenciários, tais como tempo de contribuição necessário para implementar o direito ao benefício, bem como as regras de cálculo dos benefícios, porém, não houve alterações em relação à proteção das grávidas.

## **2.2. Garantias específicas à gestante**

À mulher gestante, a Constituição Federal garante proteção específica tanto no âmbito trabalhista, quanto no previdenciário. Na esfera trabalhista, o artigo 7º, inciso XVIII, garante a licença maternidade com duração de 120 dias, sem prejuízo do salário e do emprego, garantindo que a gestante tenha a mesma renda nos dias de afastamento para o cuidado de seu filho logo após o parto, bem como garantindo que após o período de afastamento das atividades laborais tenha o emprego garantido.

Ainda na esfera trabalhista, há a garantia ao emprego e é vedada a dispensa arbitrária, ou sem justa causa, desde o momento da confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, conforme determina o art. 10, II, b, do ADCT. Deste modo, a gestante possui a garantia de que poderá gestar e cuidar de seu bebê, sem se preocupar em perder seus rendimentos ou o seu emprego.

Acerca da proteção previdenciária à gestante, verifica-se que o texto constitucional utiliza a expressão “proteção à maternidade, especialmente à gestante”. Não há previsão de qual benefício deverá prestar essa proteção.

A gestante, no âmbito da previdência social, pode ser protegida diretamente por dois benefícios: salário-maternidade e benefício por incapacidade temporária, que serão estudados oportunamente.

Por fim, caso a gestante não seja empregada, e tampouco seja segurada da previdência social, será protegida pela Assistência Social que prevê expressamente no artigo 203, I, CF/88, a proteção à maternidade. Entretanto, tal proteção não é objeto deste estudo.

## **2.3. Estado de Bem-Estar Social e a Contingência Social da Maternidade**

Para entrar no estudo da proteção à maternidade, é necessário saber o que é protegido pela legislação pátria. A Constituição Federal e a legislação

infraconstitucional utilizam a expressão “Proteção à Maternidade”, e por esse motivo, torna-se imprescindível o seu estudo.

A proteção previdenciária efetivada por meio dos benefícios faz parte dos direitos sociais que estão inseridos no Estado de Bem-Estar Social - EBES. Essa expressão está presente no Art. XXV da Declaração Universal dos Direitos Humanos - DUDH, datada de 10 de dezembro de 1948, quando determina que todo homem possui direito a um padrão de vida capaz de assegurar o bem-estar para si e para sua família.

- 1.Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.
- 2.A maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozam da mesma proteção social.

Destaca-se que a DUDH determina que a maternidade deve ser protegida socialmente, visando garantir o bem-estar.

O art. 3º, inciso IV, da CF/88, ao determinar quais são os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, dispõe a necessidade de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

O bem-estar está vinculado para todos, e os direitos sociais estão associados à previsão. Os direitos sociais compõem os caminhos pelos quais são garantidos e implementados os meios para o atingimento do bem-estar social.

O bem-estar é o objetivo que o Estado e a sociedade devem buscar e efetivar.

Os EBES traduziram (e traduzem) fórmulas privilegiadas de afirmação da liberdade, da igualdade (inclusive e, especialmente, da igualdade em sentido material, substantivo), da democracia, do trabalho e do emprego, da solidariedade, da justiça social e do bem-estar na usualmente desigual sociedade capitalista. Também se traduziram em fórmulas diferenciadas de desenvolvimento socioeconômico sustentável e avanço tecnológico no competitivo mercado econômico.<sup>33</sup>

Destaca-se que para que seja concretizado o bem comum é necessária a participação de todos os agentes da sociedade, sejam eles governo - nos moldes da previdência social (que também é custeada pela sociedade, além do Estado) -, e nos moldes dos direitos trabalhistas, a serem respeitados e garantidos pelos empregadores.

Neste mesmo sentido, o artigo 193 da CF/88 menciona o Bem-Estar e a Justiça Social como objetivo da Ordem Social (art. 193), que tem como base o primado do trabalho. Salienta-se que o trabalho é essencial para a garantia do bem-estar e da justiça social e que é indissociável dos direitos sociais.

Sobre a Justiça Social, Ana Paula Oriola de Raeffray<sup>34</sup> afirma que:

Deste modo, a realização da justiça social ocorre mediante a redução das desigualdades sociais, dependendo integralmente do equilíbrio e da equidade na distribuição da riqueza, do produto econômico, servindo os direitos sociais como mecanismo desta realização.

Segundo Wagner Balera<sup>35</sup>, a “justiça social consiste em grangear maior solidariedade entre integrantes das distintas camadas da sociedade local, da sociedade nacional e da sociedade mundial”. No que tange ao direito previdenciário como forma de concretizar o bem-estar social e a justiça social, esse autor afirma que a “justiça social – fim da Ordem Social – quer ser expressão da equânime distribuição dos benefícios sociais para quantos deles necessitem”<sup>36</sup>.

Deste modo, é possível concluir que as previsões previdenciárias, e todas as previsões dos direitos sociais, são os meios de concretização da justiça social que garantirá que todos tenham uma existência digna.

Estado e Sociedade, conjuntamente, protegem os cidadãos dos efeitos danosos, riscos e contingências, por meio da previdência social, visando reduzir a

<sup>33</sup> DELGADO, Maurício Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (org.). **Welfare State: os grandes desafios do Estado de bem-estar social**. São Paulo: LTr, 2019, p. 24.

<sup>34</sup> RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. **O Bem Estar Social e o Direito de Patentes na Seguridade Social**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 96 – 97.

<sup>35</sup> BALERA, Wagner. **Sistema de Seguridade Social**. 8 ed. São Paulo: LTr, 2016.p 22.

<sup>36</sup> BALERA, Wagner. **Noções Preliminares de Direito Previdenciário**. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 36.

desigualdade social e buscando o bem comum e a justiça social. A Constituição Federal prevê, expressamente, quais são os riscos e contingências que serão protegidos pela Previdência Social.

O sistema previdenciário protege a coletividade de acontecimentos que possam gerar desestabilização econômica decorrentes de desemprego, idade avançada, doenças, incapacidades, morte, encargos familiares, reclusão e maternidade (abrangendo gravidez, guarda para fins de adoção e a adoção em si). Essa proteção se realizará por meio do suprimento de eventuais necessidades por meio de benefícios e serviços.

Isto posto, passa-se à análise dos riscos e contingências e, a partir disso, procuramos entender a real proteção à maternidade, que vai muito além do momento de gestar ou de parir.

Ulrich Beck<sup>37</sup>, desenvolveu um estudo sobre a sociedade de risco global, e definiu o risco como sendo “o enfoque moderno da previsão e controle das consequências futuras da ação humana, as diversas consequências não desejadas da modernização radicalizada”.<sup>38</sup>

O professor francês Paul Durand também abordou a definição de risco.<sup>39</sup> Para ele, o risco é um acontecimento, um infortúnio na maior parte das vezes, tal como a enfermidade, a morte (se versar sobre um risco que afete a pessoa assegurada), o incêndio (se versar sobre um bem material). Para esses casos, deve ser adotada a nomenclatura de Sinistro. Porém, o qualificativo de risco também pode ser aplicado a acontecimentos venturosos como a expectativa de vida do segurado (em caso de seguro de vida), o matrimônio e o nascimento de um filho (no caso de seguros de casamento e nascimento).<sup>40</sup>

Miguel Horvath Junior distingue risco e contingência, definições essas que seguem transcritas.

---

<sup>37</sup> BECK, Ulrich; REY, Jesus Alborés (trad.). **La Sociedad Del Riesgo Global**: Amok, violencia, guerra. 2 ed. Siglo XX: Espanha, 2006, p. 5.

<sup>38</sup> Redação original: “¿Pero qué quiere decir “riesgo”? Riesgo es el enfoque moderno de la previsión y control de las consecuencias futuras de la acción humana, las diversas consecuencias no deseada de la modernización radicalizada”.

<sup>39</sup> DURAND, Paul. **La Política Contemporánea de Seguridad Social**. Espanha: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1994, p. 55. Título Original: La Politique Contemporaine de Sécurité Sociale.

<sup>40</sup> Redação original: “El riesgo es un acontecimiento infortunado la mayor parte de las veces: la enfermedad, la muerte (si se trata de un riesgo que afecte a la persona asegurada), el incendio (si se trata de un bien material) ... En esos casos adopta el nombre de *siniestro*. Pero el calificativo de *riesgo* también puede aplicarse a acontecimientos venturoso: la supervivencia del asegurado, en casos del seguro de vida; el matrimonio, o el nacimiento de un hijo, en los seguros de nupcialidad o natalidad...”.

O risco é um evento que provoca objetivamente uma necessidade no sujeito. Por sua vez, a necessidade, na sua acepção mais genérica, é a falta de determinado bem. Risco social é conceito utilizado pela seguridade social, enquanto o risco individualmente considerado é inerente ao seguro privado. [...] Risco social é o perigo que ameaça o indivíduo e se transfere para a sociedade atingindo toda a coletividade, fazendo surgir a necessidade social<sup>41</sup>.

Risco é o evento futuro, incerto e involuntário que produz um dano passível de ser avaliado economicamente. Têm-se, assim, os elementos que compõem o risco: futuridade, incerteza do seu acontecimento (quanto a sua ocorrência ou quanto ao momento de sua concretização), involuntariedade e dano.

A diferença preponderante entre risco e contingência social baseia-se na ausência dos elementos voluntariedade e dano (no sentido de prejudicialidade), em alguns eventos protegidos como, por exemplo, a maternidade. Assim, contingência social vem a ser evento susceptível de produzir uma redução ou supressão da atividade do beneficiário ou de impor cargas econômicas suplementares<sup>42</sup>.

Neste trabalho, utilizaremos a expressão contingência ao versar sobre a maternidade protegida pelo Art. 201, CF/88, visto que não há voluntariedade e dano que causem prejudicialidade.

---

<sup>41</sup> HORVATH JUNIOR, Miguel. **Salário Maternidade**. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 26 - 27.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 29 – 30.

### **3. A PROTEÇÃO DA GESTANTE NO MEIO AMBIENTE LABORAL**

A trabalhadora grávida merece tratamento diferenciado, pois a sua condição de gestante a posiciona em desigualdade com os demais trabalhadores, sejam eles homens ou mulheres. Biologicamente, a mulher gestante está gerando uma nova vida em seu ventre, e por isso, deve ter a sua saúde protegida para que possa garantir uma formação saudável à vida em gestação. Por este motivo, além da eventual adequação da atividade exercida que exija esforços físicos não compatíveis com a condição da mulher trabalhadora, há que se analisar o ambiente de trabalho onde está inserida, e como este poderá afetar a sua saúde e do nascituro.

#### **3.1. Riscos e Meio Ambiente Laboral**

Os trabalhadores estão ligados ao meio ambiente laboral, que abrange o local de trabalho, os instrumentos utilizados para a realização das atividades, o tratamento dado ao trabalhador pelo empregador e demais trabalhadores, e o modo de realização do trabalho.

O ambiente de trabalho deve ser seguro, e nos termos do art. 7º, XXII da CF/88, deve haver a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”.

Se existirem riscos no ambiente laboral, os trabalhadores estarão sujeitos. O primeiro responsável por garantir um local de trabalho seguro para os trabalhadores é o empregador, que deve promover um ambiente de trabalho seguro, fornecer equipamentos de proteção coletiva (EPC) e equipamentos de proteção individual (EPI), e prezar pela boa convivência entre os funcionários.

Entretanto, nem todos os riscos são possíveis de neutralização, pois muitos deles podem ser inerentes à atividade exercida. A título de exemplo, os profissionais da saúde que laboram em hospitais estão expostos à agentes biológicos de maneira habitual e permanente, e até o ar que respiram é contaminado. Cita-se também os profissionais que lidam com agentes químicos cancerígenos que não possuem meio de neutralização, tais como o benzeno, asbestos e radiação.

Há também riscos à integridade física que não podem ser neutralizados, tal como o risco enfrentado por agentes das forças armadas, e o risco de explosão a que estão expostos os trabalhadores de postos de combustíveis.

A legislação trabalhista prevê que ante à existência de insalubridade (atividades que colocam em risco a saúde do trabalhador) e periculosidade (atividades ou operações que implicam em risco acentuado em virtude de exposição permanente), as empresas, além de promoverem meios de proteção aos trabalhadores, deverão garantir um adicional pecuniário por expor os trabalhadores.

Pustiglione define atividade insalubre como sendo a “aquela que expõe o trabalhador a agentes de risco ocupacional (ARO) específicos, ou seja, de natureza física, química e biológica”<sup>43</sup>.

A CLT, nos artigos 189 a 197, elabora as previsões acerca da insalubridade, periculosidade e meio ambiente laboral saudável.

O art. 190 da CLT determina que o Ministério do Trabalho determinará o quadro das atividades e operações insalubres e perigosas, 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”.

Cumprir informar que o Ministério do Trabalho sofreu inúmeras alterações ao longo dos últimos anos. Durante o governo do Presidente Jair Bolsonaro (2019 a 2022), esse ministério foi extinto após mais de 80 anos de atividade, e foi criada uma secretaria especial dentro do Ministério da Economia. Porém, em 28 de junho de 2021 o ministério foi recriado sob o nome de Ministério do Trabalho e Previdência Social. Deste modo, o art. 190 da CLT deve ser entendido como o atual Ministério do Trabalho e da Previdência Social.

As normas a que este artigo se refere são as 37 Normas Regulamentadoras – NR’s. Elas são disposições complementares ao Capítulo V da CLT, e tratam de obrigações, direitos e deveres que os empregadores e trabalhadores devem cumprir para que seja possível garantir um trabalho seguro e sadio, evitando ocorrência de doenças e acidentes do trabalho.

---

<sup>43</sup> PUSTIGLIONE, Marcelo. Trabalhadoras Gestantes e Lactantes: impacto de agentes de risco ocupacional (ARO) no processo de gestação, no conceito e no lactente. **Revista Brasileira de Medicina do Trabalho**. São Paulo, v. 15, n. 3, p. 284 – 294, 2017. Disponível em: <http://www.rbmt.org.br/details/260/pt-BR>. Acesso em 19 fev. 2021.

Caso comprovada a insalubridade, determina a legislação que as Delegacias Regionais do Trabalho deverão notificar as empresas acerca de prazos para eliminação ou neutralização dos agentes insalubres.

Note-se que, mais uma vez, a nomenclatura constante na CLT encontra-se desatualizada, pois, a partir de 2022, a responsabilidade de notificar as empresas é das Superintendências Regionais do Trabalho.

O art. 195 da CLT determina que a “caracterização e a classificação da insalubridade e da periculosidade, segundo as normas do Ministério do Trabalho, far-se-ão através de perícia a cargo do Médico do Trabalho ou Engenheiro do Trabalho, registrados no Ministério do Trabalho”.

Destaca-se que o Ministério do Trabalho possui ação fiscalizadora e pode realizar perícia no ambiente laboral *ex officio* (art. 195, §3º, CLT).

As empresas deverão realizar periodicamente laudos e programas de identificação e prevenção dos riscos presentes no ambiente de trabalho.

O art. 58, da Lei 8.213/1991 determina que as empresas devem manter um Laudo Técnico de Condições de Ambiente de Trabalho (LTCAT), formulados por médicos ou engenheiros do trabalho em consonância com a legislação trabalhista. Devem elaborar e manter o perfil profissiográfico atualizado, abrangendo as atividades que o trabalhador desenvolve. Este documento, o Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), deverá ser fornecido ao trabalhador quando da rescisão do contrato de trabalho, ou quando for solicitado por esse.

Também devem elaborar o Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (PCMSO), que é regulamentado pela norma regulamentadora - NR 7 do Ministério do Trabalho, que visa promover e preservar a saúde dos trabalhadores. Devem ser realizados exames médicos admissionais, periódicos, de retorno ao trabalho, de alteração de função e demissional. Esse programa visa prevenir, monitorar e controlar possíveis danos à saúde dos trabalhadores.

Também há a necessidade de elaboração do Programa de Prevenção de Riscos Ambientais (PPRA), previsto na NR 9, que tem por objetivo a segurança do ambiente de trabalho, assim como evitar a existência de acidentes de trabalho. Tal como o LTCAT, deve ser elaborado por médico ou engenheiro do trabalho.

A empresa deve manter um Serviço Especializado em Segurança e Medicina do Trabalho (SESMT) nos termos da NR 4. As empresas, privadas ou públicas, e os órgãos públicos da administração direta e indireta que possuam empregados

celetistas, devem manter, obrigatoriamente SESMT com o objetivo de promover a saúde e proteger a integridade dos trabalhadores no ambiente de trabalho. O dimensionamento do serviço (a quantidade de profissionais que devem compor o SESMT) está vinculado à gradação de riscos da atividade principal da empresa e ao número de empregados em seu quadro funcional.

Deste modo, a responsabilidade pela manutenção de um ambiente de trabalho seguro cabe às empresas, e a sua fiscalização deve ser realizada pela empresa com o acompanhamento do Ministério do Trabalho. Seria ideal se todos os riscos ambientais fossem extintos, porém, na sua impossibilidade devem ser reduzidos, e a saúde e integridade física do trabalhador devem ser preservadas por meio dos EPC e EPI.

### **3.2. Proteção da grávida quando exposta a agentes nocivos no ambiente de trabalho**

Conforme abordado anteriormente, a proteção da grávida é uma medida que se impõe ante à vasta previsão legal de proteção à mulher e à gestante. A grávida deve ser protegida de riscos presentes no trabalho e no ambiente laboral, visto que está gestando uma vida.

Pustiglione apresenta uma abordagem sobre a trabalhadora gestante e o ator de gerar uma nova vida:

Uma vez grávida, a trabalhadora não está mais sozinha, pois carrega consigo um (ou mais de um) ser sensível a todas as variações dos ambientes interno e externo. Além disso, as fantásticas modificações biológicas, físicas e psíquicas que ocorrem com a gestante, ao mesmo tempo em que a preparam e fortalecem para o parto, também a fragilizam, podendo limitar de maneira variada suas atividades, além de torná-la mais sensível em relação à dinâmica social, às relações interpessoais e aos agentes de risco ocupacional.<sup>44</sup>

Tendo em vista os direitos já abordados anteriormente, a mulher gestante tem o direito de ser protegida, e o empregador tem o dever de promover essa proteção. Nesse sentido, Rosa Weber afirma que:

---

<sup>44</sup> Ibidem.

Permitir o trabalho da gestante e lactante em atividades insalubres significa a desvalorização da maternidade em sua função social em nítida negação de direitos fundamentais previstos no art. 7º da Constituição Federal durante período em que a mulher necessita de maior segurança para a realização do equilíbrio entre trabalho e família.<sup>45</sup>

Inicialmente, como primeira medida de proteção, a gestante deve ser realocada em ambiente isento de agentes de riscos ambientais, ou direcionada para atividades que não ofereçam riscos à sua integridade física. Em outras palavras, a grávida deve ser afastada das atividades insalubres ou perigosas.

Este entendimento foi trazido pela reforma trabalhista no ano de 2017 ao introduzir o artigo 394-A na CLT. Tal entendimento é presente na Europa desde 1992, em virtude da Diretiva 92/85/CEE do Conselho das Comunidades Europeias<sup>46</sup>, de 19 de outubro de 1992<sup>47</sup>, que versa sobre a implementação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde das trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes no trabalho.

Gené e Burillo<sup>48</sup> determinam que a primeira medida a ser adotada pelo empregador é a adaptação das condições de trabalho e/ou do tempo de trabalho da trabalhadora gestante. Em segundo lugar, entendem que, quando as adaptações das condições e do tempo de trabalho não forem tecnicamente possíveis, o empregador deve tomar as medidas necessárias para garantir uma alteração de função da empregada afetada. Por fim, quando a alteração de função não é eficaz para a proteção da mulher gestante, ela deve ser dispensada o período necessário para a proteção da sua saúde e segurança, com direito à uma remuneração ou benefício adequado, observando a legislação local dos diferentes países membros da União Europeia.

Embora tal previsão seja antiga na Europa, no Brasil uma previsão similar é recente e surgiu em 1999 e em 2017, quando uma alteração legislativa criou uma proteção nova, imputando-a à previdência social.

---

<sup>45</sup> WEBER, Rosa. Hermenêutica Constitucional do Trabalho da gestante e Lactante em Atividades Insalubres. In: DE MORAIS, Océlio de Jesus Carneiro. (coord. e org.). **Transformações e Desafios à Efetividade dos Direitos e Garantias Fundamentais**. São Paulo: LTr, 2021. p. 32.

<sup>46</sup> As Comunidades Europeias compuseram a União Europeia, a partir de 1993, constituída a partir do Tratado de Maastricht.

<sup>47</sup> UE, União Europeia. **Diretiva 92/85/CEE**. Diretiva 92/85/CEE do Conselho das Comunidades Europeias. Genebra: 1992. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31992L0085&from=EN>. Acesso em: 01 jun. 2022.

<sup>48</sup> GENÉ, Josep Moreno; BURILLO, Ana M<sup>a</sup>. Romero. **Maternidad y Salud Laboral**: la protección de la salud laboral de la trabajadora embarazada, de parto reciente y em período de lactancia. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 28.

O art. 392, §4º, da CLT, com redação dada pela Lei 9.799, de 1999, determina que à empregada gestante é garantida sem prejuízo de salário e demais direitos, a transferência de função quando as condições de saúde exigirem, sendo garantida a retomada da função anteriormente exercida após a retomada ao trabalho.

Note-se a expressão “quando as condições de saúde exigirem”; portanto, não é uma previsão para todas as grávidas, mas depende de documentação médica que relacione a atividade exercida com a gestação e o prejuízo que essa relação possa causar à gestante e ao bebê. Apenas em 2016 ficou garantido o afastamento para todas as grávidas das funções em que fiquem expostas à agentes nocivos à saúde ou da gestante.

A Lei 13.287, de 2016, incluiu importante direito à gestante e acrescentou o artigo 394-A à CLT, prevendo o afastamento da empregada gestante ou lactante durante o período da gestação e lactação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres – seja em grau mínimo, médio ou máximo -, devendo exercer suas atividades em local salubre.

Entretanto, a Lei 13.467/2017, resultado da reforma trabalhista, trouxe nova redação ao art. 394-A da CLT e condicionou o afastamento das atividades insalubres em qualquer grau à apresentação de atestado de saúde que contenha recomendação do afastamento.

É possível considerar que essa alteração representa um retrocesso jurídico e social, pois antes da reforma trabalhista o afastamento poderia ser efetivado em qualquer grau de insalubridade e não estava condicionado à apresentação de atestado médico. Essa alteração cria dificuldades para o reconhecimento do direito, pois atribui ao SUS a tarefa de emitir um atestado específico, que exige conhecimento de medicina do trabalho e acesso aos laudos ambientais das empresas.

Com esse novo procedimento, cria-se mais um degrau burocrático que pode atrasar o reconhecimento e efetividade do direito.

Por esse motivo, o Supremo Tribunal Federal (STF) se manifestou na Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 5.938, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos, e reconheceu a inconstitucionalidade da expressão “quando apresentar atestado de saúde emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento”, presente nos art. 394-A, II e III, da CLT, conforme ementa *in verbis*.

EMENTA: DIREITOS SOCIAIS. REFORMA TRABALHISTA. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À MATERNIDADE. PROTEÇÃO DO MERCADO DE TRABALHO DA MULHER. DIREITO À SEGURANÇA NO EMPREGO. DIREITO À VIDA E À SAÚDE DA CRIANÇA. GARANTIA CONTRA A EXPOSIÇÃO DE GESTANTES E LACTANTES A ATIVIDADES INSALUBRES.

1. O conjunto dos Direitos sociais foi consagrado constitucionalmente como uma das espécies de direitos fundamentais, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado Democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.

2. A Constituição Federal proclama importantes direitos em seu artigo 6º, entre eles a proteção à maternidade, que é a ratio para inúmeros outros direitos sociais instrumentais, tais como a licença-gestante e o direito à segurança no emprego, a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei, e redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

3. A proteção contra a exposição da gestante e lactante a atividades insalubres caracteriza-se como importante direito social instrumental protetivo tanto da mulher quanto da criança, tratando-se de normas de salvaguarda dos direitos sociais da mulher e de efetivação de integral proteção ao recém-nascido, possibilitando seu pleno desenvolvimento, de maneira harmônica, segura e sem riscos decorrentes da exposição a ambiente insalubre (CF, art. 227).

4. A proteção à maternidade e a integral proteção à criança são direitos irrenunciáveis e não podem ser afastados pelo desconhecimento, impossibilidade ou a própria negligência da gestante ou lactante em apresentar um atestado médico, sob pena de prejudicá-la e prejudicar o recém-nascido. 5. Ação Direta julgada procedente.

Entretanto, a Reforma Trabalhista trouxe a especificação de como o empregador deve se portar nos casos em que a empregada gestante ou lactante esteja exposta à agentes de riscos. A primeira medida é o afastamento da gestante das atividades insalubres para que exerça sua atividade laboral em lugar salubre, com a manutenção do pagamento do adicional de insalubridade por todo o período em que se mantiver afastada do ambiente laboral nocivo. A novidade legislativa está na segunda medida: o afastamento das atividades presenciais quando não for possível a relocação dentro da empresa, e o pagamento de benefício previdenciário de salário-maternidade. Essa alteração foi de encontro com a legislação previdenciária existente.

Ao prever que a gravidez será considerada de risco, e que esse afastamento deve suceder nos termos da Lei 8.213/91 mediante a percepção de salário-maternidade durante todo o período de afastamento, foi gerado um conflito com a definição e a previsão previdenciária do benefício de salário-maternidade.

O problema dessa previsão é a percepção do benefício de salário-maternidade, pois esse não prevê afastamento como hipótese de concessão do benefício.

Ivani Contini Bramante<sup>49</sup> denomina esse benefício como “salário-maternidade risco ambiental”:

O salário-maternidade é um benefício previdenciário (art. 201, III, CF/1988 e arts. 71 *usque* 74 da Lei 8213/1991) que se bifurca em duas espécies: salário-maternidade constitucional de 120 dias (art. 7º, XVIII) e o salário-maternidade risco ambiental (art. 394-A, CLT) em decorrência das atividades insalubres e perigosas exercidas pela gestante e ou lactante.

Essa autora realiza uma análise sobre a instrumentalização do benefício do salário-maternidade para a gestante exposta a riscos, porém não questiona a (não) adequação do benefício à situação, sob a ótica do fato gerador.

Conforme se verá a frente, o salário-maternidade somente tem como previsão de fato gerador o parto, a adoção, a guarda judicial para fins de guarda e o aborto não criminal.

Assim, a presença de agentes nocivos no ambiente de trabalho e a impossibilidade de a gestante exposta a riscos no ambiente de trabalho exercer atividades presenciais, ante à não possibilidade de readaptação dentro da empresa, não é um dos fatos geradores do benefício previdenciário. Além disso, é uma tentativa de prorrogação ou extensão do benefício previdenciário, que, no entanto, não contém previsão quanto ao seu custeio.

O art. 195, §5º, da Constituição Federal prescreve que para que haja a criação, a majoração, ou a extensão de um benefício previdenciário, é necessária uma correspondente fonte de custeio total. Entretanto, a lei trabalhista, ao atribuir esse afastamento à previdência social, estendeu o benefício de salário-maternidade sem previsão específica de fonte de custeio. Não é possível entender que haja fonte de custeio, uma vez que o custeio previsto compreende apenas os fatos geradores contidos na legislação previdenciária (parto, adoção, guarda judicial para fins de adoção e aborto não criminoso).

O doutrinador Wladimir Novaes Martinez ensina que “A precedência do custeio é disposição lógica, técnica e jurídica. Por isso, classificada como diretriz básica da seguridade social”<sup>50</sup>. O autor continua:

---

<sup>49</sup> BRAMANTE, Ivani Contini. Proteção à Gestante e Pandemia: Salário-Maternidade. Risco Ambiental. Covid-19. In: BRAMANTE, Adriane; SIMONATO, Priscilla (coord.). **Direito Previdenciário das Mulheres**. Curitiba: Juruá, 2021. p. 80.

<sup>50</sup> MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de Direito Previdenciário**. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 148.

Lógica porque, sem amealhar macrocós mica e antecipadamente os recursos, é impossível atender às necessidades. Atuariamente inexitem problemas para um sistema, desde sua implantação, pagar os benefícios de risco imprevisível, utilizando-se de empréstimos restituíveis oportunamente. Na prática, contudo, isso não é recomendável, sob pena de desestruturar a organicidade desse sistema. Nesse caso, por força dessa contingência, a conclusão lógica transmutou-se em uma regra técnica.

Como dito, sua origem é produto da lógica. Evoluiu para uma técnica a imprescindibilidade prévia do financiamento. Diante da possibilidade de a União socorrer os cofres da autarquia em suas insuficiências, essa providência excepcional foi distorcida e sobrevieram várias tentativas de confundir os dois orçamentos, desnaturando a previdência social, circunstancialmente, durante a fase de capitalização dos meios, o Poder Legislativo não resistiu à tentação de criar direitos sem os deveres correspondentes.

Ao versar sobre a necessidade de prévia necessidade de custeio, faz necessário analisar os institutos do custeio e da contribuição previdenciária. Neste sentido, Silva e Láua<sup>51</sup> ensinam:

O custeio da Seguridade Social se encontra insculpido no artigo 195 da Constituição Federal, o qual estabelece o financiamento de forma direta e indireta, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, Distrito Federal, Estados e dos municípios, e das contribuições sociais dos empregadores sobre a folha de salários, da receita ou do faturamento, do lucro, do próprio trabalhador e demais segurados da Previdência Social sobre a receita de concurso de prognóstico.

A contribuição corresponde a determinado tributo específico, cujo fato gerador, base de cálculo, alíquota e contribuintes devem estar previstos em lei (princípio da legalidade estrita), respeitando os princípios constitucionais tributários (princípios da vedação constitucional ao poder de tributar).

A legislação trabalhista, ao imputar à previdência cobertura maior do que a prevista pela legislação previdenciária e ao não trazer contribuição correspondente a tributo específico, com a devida previsão do fato gerador, base de cálculo, alíquota e contribuintes, não respeitou a exigência de prévia fonte de custeio.

Tal previsão fere a regra da contrapartida, posto que cria extensão de salário maternidade não prevista e autorizada na legislação previdenciária, além de “permitir” a antecipação do salário–maternidade desde o momento do afastamento das atividades, no início da gestação, extrapolando o limite legal de duração do benefício salário–maternidade, que é de 120 dias como regra geral<sup>52</sup>.

Dessa forma, designar este novo instituto de salário-maternidade, ainda que formalmente legal, não seria adequado, pois não preenche os requisitos jurídicos para essa caracterização .

<sup>51</sup>SILVA, Roberta Soares da; LÁUA, Carolina Alves Corrêa Láua. Critério Quantitativo da Contribuição Previdenciária Sobre a Folha de Pagamento. **Revista de Direito das Relações Sociais e Trabalhistas**. Brasília: v. 7, n. 1, jan/jun 2021, p. 105 e 106.

<sup>52</sup> HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**. 12. ed. São Paulo: Rideel, 2021, p. 454.

Conforme já elucidado anteriormente, o encargo da gestação não pode recair sobre o empregador, e ainda que a previsão trabalhista não seja a mais adequada em termos técnicos jurídicos, é a única previsão legal que garante que o ônus estará ao encargo do Estado, e não do empregador.

Na prática, quando se trata de segurada empregada, o salário-maternidade é pago pela empresa empregadora, e posteriormente é compensado nas verbas previdenciárias a serem pagas pela empresa.

Caso o salário-maternidade risco ambiental não possa ser aplicado, visto que não há prévia fonte de custeio estipulada, a empresa terá que arcar com os salários integralmente, pois não poderá realizar a compensação, violando, desse modo, o que está previsto na Convenção 103 da OIT.

Em relação a esta previsão, ainda que de modo superficial e incorreta, a Receita Federal do Brasil (RFB) emitiu Solução de Consulta n. 287 da Coordenação Geral de Tributação<sup>53</sup> (COSIT) versando sobre a possibilidade de compensar os valores pagos durante o afastamento da gestante, a título de salário-maternidade.

Acresce-se que, como o salário-maternidade é uma prestação tipicamente previdenciária, regrado desta forma desde o advento da Lei n.º 6.136, de 1974, o que quer dizer, com ônus total da Previdência Social, e tendo em vista os efeitos da Lei n.º 13.467, de 2017, ao acrescentar o artigo 394-A, parágrafos 3º, à CLT, e ainda que se considere os termos da limitação constante no "caput" do artigo 71 da Lei n.º 8.213, de 1991, não há como não se permitir ao contribuinte o direito à compensação integral do salário-maternidade, durante todo o período de afastamento, quando proveniente da impossibilidade de a gestante ou lactante, afastada em face de atividades consideradas insalubres, que recomende o afastamento durante a gestação, exercer suas atividades em local salubre na empresa, nesta situação, caracterizada a hipótese como gravidez de risco.

Portanto, ainda que tenha uma legalidade questionável, o salário-maternidade risco ambiente vem sendo praticado, e se manterá até que deixe de vigor a previsão trazida pela reforma trabalhista.

---

<sup>53</sup> RFB, Receita Federal do Brasil. Coordenação Geral de Tributação. **Solução de Consulta nº 287**. [SALÁRIO-MATERNIDADE. ATIVIDADE INSALUBRE. GRAVIDEZ DE RISCO POR INSALUBRIDADE. COMPENSAÇÃO (DEDUÇÃO). POSSIBILIDADE]. **Diário Oficial da União**: seção 1, página 35, Brasília, 21 out. 2019. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=104368&visao=anotado>. Acesso em: 01 jun. 2022.

### 3.2.1. Salário-Maternidade para a Gestante e o Trabalho Presencial Durante a Pandemia de COVID-19

No ano de 2020 o mundo foi assolado por uma pandemia decorrente da propagação do vírus Sars-Cov-2, ocasionando na morte de centena de milhares de pessoas somente no Brasil.

Em 11 de março de 2020 a OMS declarou a pandemia de COVID-19 em virtude da circulação do vírus SARS-CoV-2, e com o consequente contágio massivo da população mundial por esse vírus<sup>54</sup>.

Todos os trabalhadores estavam expostos ao vírus que se propagou de maneira silenciosa e indetectável aos olhos nus.

No Brasil, frente a propagação alarmante do vírus, foi necessário que os Órgãos Públicos adotassem medidas urgentes para evitar a sua disseminação por meio do isolamento social.

As gestantes compõem um grupo de risco que deve ser protegido, e por este motivo, não poderiam trabalhar presencialmente enquanto durasse o ESPIN, deixando clara a necessidade da ampliação da proteção às grávidas trabalhadoras.

O Estado de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) foi decretado pela Portaria n. 188, de 03 de fevereiro de 2020. O ESPIN perdurou por dois anos, e foi encerrado em 22 de maio de 2022, nos moldes da Portaria do Ministério da Saúde n. 913, de 22 de abril de 2022.

Frente a esse contexto de epidemia que assolou a mundo, pretende-se fazer uma análise da situação das empregadas grávidas durante esse período.

No ano de 2021, após um ano de pandemia e de ESPIN, e frente a necessidade de proteção das grávidas trabalhadoras, foi promulgada a Lei 14.151, de 12 de maio de 2021, com o conteúdo disposto em um único artigo.

Art. 1º Durante a emergência de saúde pública de importância nacional decorrente do novo coronavírus, a empregada gestante deverá permanecer afastada das atividades de trabalho presencial, sem prejuízo de sua remuneração.

Parágrafo único. A empregada afastada nos termos do caput deste artigo ficará à disposição para exercer as atividades em seu domicílio, por meio de teletrabalho, trabalho remoto ou outra forma de trabalho a distância.

---

<sup>54</sup> SAÚDE, Organização Mundial da. **WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 – 11 March 2020**. Genebra, 11 mar. 2020. Disponível em: <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>. Acesso em: 16 abr. 2020.

Foi previsto que toda empregada gestante deverá ser afastada das atividades laborais presenciais, sem prejuízo da remuneração, devendo ficar à disposição para exercício das atividades laborais de sua residência, através de teletrabalho, trabalho remoto, ou forma outra de trabalho remoto, enquanto durar a ESPIN.

Embora seja breve e direta, a lei não cobre todas as necessidades das empregadas gestantes, pois existem diversas profissões e funções que não possuem meios para serem exercidas de maneira remota. Entre outras, as enfermeiras, as médicas, faxineiras, babás, trabalho em linha de produção industrial etc.

Além disso, trabalho remoto é marcado pelo uso de equipamentos de informática que exigem um nível de conhecimento e de aprendizagem. Nesse sentido, a lei tem um forte viés de classe, de discriminação social e laboral, pois não houve menção ao que deveria ser oferecido às trabalhadoras que não se encaixam nesse perfil. A lei determina expressamente que elas devem ser afastadas do trabalho presencial, porém, não abrange aquelas que estão impossibilitadas de exercerem suas funções de maneira remota.

A pandemia se estendeu pelo tempo, e em 09 de março de 2022, a lei 14.151/2021 foi alterada pela Lei 14.311/2022, que trouxe previsões para o retorno ao serviço presencial da gestante.

Permite que, a partir da sua vigência (10/03/2022), o empregador poderá alterar as funções exercidas pelas gestantes, sem prejuízo da remuneração integral, assegurando, posteriormente, a retomada da função anteriormente exercida. Essa previsão é similar à existente no direito do trabalho, que outorga que a gestante exposta à agentes insalubres tenha sua função alterada, com a garantia de salário e retorno à função original, após o fim da situação de gestação e aleitamento.

A nova lei também incluiu o §3º ao artigo único da Lei 14.151/2021, e passou a permitir o retorno às atividades presenciais da grávida, inclusive durante a vigência do ESPIN.

Ademais, exceto nos casos em que o empregador opte por manter o exercício da gestante de maneira remota, a empregada DEVERÁ retornar às atividades presenciais após o fim do ESPIN, ou após a vacinação contra o COVID-19; a partir da data em que o Ministério da Saúde considerar a imunização finalizada. Permite o retorno ao trabalho presencial da grávida não vacinada, mediante a sua assinatura de termo de responsabilidade, de livre consentimento, quando se comprometerá a cumprir todas as medidas preventivas adotadas pelo empregador no local de trabalho.

A prerrogativa de assinatura de termo de responsabilidade e livre consentimento para quem não se vacinou é contrária à decisão recente do STF<sup>55</sup> no que tange às medidas indiretas de coerção para vacinação, pois, ainda que consentido, o retorno ao presencial das gestantes não vacinadas coloca em risco a saúde e integridade física da trabalhadora e do bebê, além de aumentar o risco de contágio dentro do ambiente laboral. Ao contrário do retorno, o ideal seria que se mantivesse em *home office*, ou em seu domicílio, e caso necessário, que buscasse amparo junto ao INSS.

A imunização é considerada completa após as duas primeiras doses da vacina - no caso daquelas que exijam duas doses -, ou da dose única – nas vacinas assim elaboradas. E, nesse caso, a inoculação das doses de reforço extrapola aquilo que foi formalmente considerado como ciclo de imunização completo.

No parágrafo sétimo está previsto a não imposição de restrições de direito à gestante que optar por não se vacinar.

O afastamento obrigatório da gestante efetuou-se no interregno de 12 de maio de 2021 a 09 de março de 2022. Após esse período, foi possível que as grávidas retornassem ao trabalho presencial, se fossem cumpridos os requisitos trazidos pela Lei 14.311/2022.

Embora seja louvável a intenção do legislador em obrigar o afastamento da gestante, entretanto, não o fez da maneira mais adequada. E, frente a omissão da legislação, o judiciário tem que decidir a situação das grávidas que não possuem meios para exercer as suas funções de maneira remota.

As empresas não podem suportar o ônus do afastamento das gestantes, caso contrário, configuraria latente violação à Convenção 103, da OIT. E a legislação, nesse caso, contraria o sentido da reforma trabalhista que previu a possibilidade de concessão de benefício para as gestantes afastadas, e assim, não trouxe solução para essa omissão.

Tal como o afastamento da gestante do ambiente insalubre, afastar das atividades presenciais durante o ESPIN é a proteção à maternidade e à mulher grávida. Ante à lacuna deixada acerca do trabalho daquelas empregadas que não possuem meios de exercer as suas atividades remotas, foi necessário recorrer à

---

<sup>55</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.587 Distrito Federal.

justiça. Existem decisões judiciais<sup>56 57 58 59</sup>determinando a concessão de salário-maternidade para aquelas que não puderam exercer atividade laboral remotamente, visto que se entende que o empregador não pode ser obrigado a arcar com os encargos do afastamento das trabalhadoras.

Nas decisões que concederam o benefício devido à contingência da maternidade, houve fundamentação jurídica com base na legislação trabalhista que afasta a mulher exposta a agentes nocivos (art. 394-A, CLT), visto ser a previsão legal que mais se aproxima à realidade vivida pela gestante exposta ao COVID-19.

Destaca-se também a decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, nos Agravos de Instrumento ns. 5036796-18.2021.4.04.0000<sup>60</sup> e 5028306-07.2021.4.04.0000<sup>61</sup>, que fundamentam a concessão do benefício de salário maternidade para as grávidas na Convenção 103 da OIT, conforme segue:

(...) onde incide a determinação legal de que não haverá prejuízo dos vencimentos para a empregada gestante, pelo afastamento das suas atividades profissionais, em razão do risco à gravidez (art. 1º, L. 14.151/2021) causado pelo coronavírus, não pode a empregadora ser obrigada a arcar com tais encargos. Em face de todo conjunto constitucional, legal e infralegal que regulamenta a proteção social, em especial, o custeio, por toda a sociedade, dos benefícios previdenciários, como corolário do princípio da solidariedade social, verifica-se que não pode ser outra a natureza dos valores devidos à empregada gestante em casos que tais, a não ser a natureza de benefício previdenciário.

Oportuno destacar, ainda, na mesma ordem de ideias, que "nos termos do artigo 4º, §8º, da Convenção nº 103 da Organização Internacional do Trabalho Relativa ao Amparo à Maternidade, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 10.088/2019, "Em hipótese alguma, deve o empregador ser tido como pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas às mulheres que ele emprega".

<sup>56</sup> TRF3, Tribunal Regional Federal da Terceira Região. **Sentença nos Autos 5006449-07.2021.4.03.6183**. Autor: Sociedade Para Excelência da Saúde e Medicina LTDA. Réu: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. São Paulo, 05 jul. 2021.

<sup>57</sup> TRF3, Tribunal Regional Federal da Terceira Região. **Decisão em Mandado de Segurança 5003320-62.2021.4.03.6128**. Impetrante: Débora Salvetti Pezzuol. Réu: Gerente da Gerência Executiva do INSS Jundiá e outro. Jundiá, 02 jul. 2021.

<sup>58</sup> TRF4, Tribunal Regional Federal da Quarta Região. **Decisão em Agravo de Instrumento 5043457-13.2021.4.04.0000/RS**. Agravante: Conserva Oderich S/A. Agravados: Instituto Nacional do Seguro Social e União – Fazenda Nacional. Porto Alegre, 25. out. 2021.

<sup>59</sup> TRF4, Tribunal Regional da Quarta Região. **Acórdão em Apelação Cível nos Autos 5036796-18.2021.4.04.0000**. Recorrente: Usimed de Tubarão Cooperativa de Usuários de Assistência em Saúde. Recorridos: União – Fazenda Nacional e Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Porto Alegre: 27 out. 2022.

<sup>60</sup> TRF4, Tribunal Regional Federal da Quarta Região. **Decisão em Agravo de Instrumento 5036796-18.2021.4.04.0000**. Agravante: Usimed de Tubarão Cooperativa de Usuários de Assistência em Saúde. Agravados: União – Fazenda nacional e Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Porto Alegre, 14 set. 2021.

<sup>61</sup> TRF4, Tribunal Regional Federal da Quarta Região. **Decisão em Agravo de Instrumento 5028306-07.2021.4.04.0000**. Agravante: Plansul Planejamento e Consultoria EIRELI. Agravado: União – Fazenda Nacional. Porto Alegre, 24. ago. 2021.

Imputar-se aos empregadores o custo de tais encargos seria um ônus demasiado pesado em um contexto tão complexo e já repleto de dificuldades, com o aumento de despesas e diminuição de oportunidades de trabalho para as mulheres.

Entendo, também, que os valores referentes à remuneração das empregadas gestantes afastadas de suas atividades presenciais, em razão da incidência da Lei 14.151/2021, devem, sim, ser compensados, nos termos do artigo 72, §1º, da Lei nº 8.213/91:

“Art. 72. O salário-maternidade para a segurada empregada ou trabalhadora avulsas consistirá numa renda mensal igual a sua remuneração integral. § 1º Cabe à empresa pagar o salário-maternidade devido à respectiva empregada gestante, efetivando-se a compensação, observado o disposto no art. 248 da Constituição Federal, quando 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”.

Diante de tais fundamentos, e tomando-se em conta que a Lei nº 14.151/2021 não estabeleceu a efetiva responsabilidade da empresa pelo pagamento dos salários no período do afastamento das empregadas gestantes, impossibilitadas de trabalhar à distância pela própria natureza das suas atividades, também entendo que não é incompatível com o ordenamento jurídico vigente o pagamento do salário-maternidade, durante o período de afastamento, em razão do risco para a gravidez, ocasionado pela Pandemia de Covid-19.

Tais ações são propostas pelos empregadores com caráter principal tributário, para que seja autorizada a compensação dos valores sobre a folha de pagamento e demais rendimentos devidos pela empresa; modalidade de compensação do salário-maternidade.

Destaca-se que o requerimento de concessão de benefício previdenciário, geralmente, só pode ser realizado pelo beneficiário. Entretanto, é um caso atípico, uma vez que a empresa é aquela que paga o benefício previdenciário de salário-maternidade diretamente à empregada.

Nas ações, as empresas requerem autorização para afastar as empregadas gestantes de suas atividades, e que o INSS arque com o pagamento de salário-maternidade, mediante a devida compensação. Entretanto, esses pedidos não possuem embasamento legal, visto não haver previsão para a concessão de benefício de salário-maternidade.

Assim, a jurisprudência não pacificada revela que é possível interpretar o contexto de maneira diferente. Em abril de 2022, o Tribunal Regional da Quarta Região decidiu<sup>62</sup> pela não concessão do benefício de salário-maternidade. Frente a

---

<sup>62</sup> TRF4, Tribunal Regional Federal da Quarta Região. **Sentença em Ação Civil Coletiva 5014709-75.2021.4.04.7208/SC**. Autor: AUTOR: Sindicato das Indústrias de Fiação, tecelagem e Vestuário de Itajaí-SC. Réu: Instituto Nacional do Seguro Social e União – Fazenda Nacional. Itajaí, 25 abr. 2022.

essas diferentes manifestações, é necessário analisar a possibilidade de proteção da gestante pela previdência social, e qual seria o benefício mais adequado para a proteção da mulher trabalhadora, ante à lacuna legislativa.

#### 4. INSTRUMENTALIZAÇÃO DO DIREITO SOCIAL DA GESTANTE

Frente ao contexto de ampla proteção da mulher gestante, e de que nem todas as previsões legais foram elaboradas de maneira adequada, é importante trazer à reflexão o debate baseado na ótica da Dignidade da Pessoa Humana, pois essa é um fundamento do Estado Democrático de Direito, conforme previsto no art. 1º da Constituição Federal de 1988, e é um valor que foi considerado como inerente à pessoa humana.

Assim sendo, na tentativa de rastrear argumentos que possam contribuir para uma compreensão não necessariamente arbitrária da dignidade humana, e, portanto, apta a servir de baliza para uma concretização também no âmbito do Direito, cumpre salientar, retomando aqui a ideia nuclear que já se fazia presente até mesmo no pensamento clássico, no sentido de que a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Nessa trilha, compreendida como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, a dignidade pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que reconhecida e atribuída a cada ser humano como algo que lhe é inerente.<sup>63</sup>

Ela é inerente e indissociável a todas as pessoas, irrenunciável e inalienável, e sem a qual não é possível a existência, e a sua violação deve ser combatida. A doutrina atribui à Dignidade da Pessoa Humana a característica de princípio jurídico.

Carmem Lucia Antunes Rocha<sup>64</sup> explica que a partir da introdução deste princípio no constitucionalismo brasileiro foi estabelecida uma nova forma de pensar e experimentar as relações sociopolíticas. Ele se firma como princípio e fim do Direito.

---

<sup>63</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais; Na Constituição Federal de 1988**. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. E-book Kindle.

<sup>64</sup> ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**. Fortaleza, v.2, n. 2, 2001, p. 49. Disponível em: <https://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/29/30>. Acesso em: 20 nov. 2022.

O sistema normativo de direito não constitui, pois, por óbvio, a dignidade da pessoa humana. O que ele pode é tão somente reconhecê-la como dado essencial da construção jurídico-normativa, princípio do ordenamento e matriz de toda organização social, protegendo o homem e criando garantias institucionais postas à disposição de pessoas a fim de que elas possam garantir a sua eficácia e o respeito à sua estatuição. A dignidade é mais um dado jurídico que uma construção acabada no direito, porque se firma e se afirma no sentimento de justiça que domina o pensamento e a busca de cada povo em sua busca de realizar as suas vocações e necessidades<sup>65</sup>.

Cibele Gralha Mateus entende que ela é o diferencial na relativização da dicotomia público/privado e no reconhecimento de direitos sociais como direitos fundamentais. Deste modo, “a partir do momento em que se reconhece a dignidade da pessoa humana como cerne a iluminar todo ordenamento jurídicos [...] qualquer manifestação totalmente contrária à vinculação dos particulares a direitos fundamentais (mediata ou imediatamente) padece de anacronismo”.<sup>66</sup>

A proteção da contingência maternidade está calcada nos direitos fundamentais, conforme abordado no capítulo dois deste trabalho. E como já definido, os direitos fundamentais são aqueles essenciais ao Estado, nos quais o Estado está fundado, e conseqüentemente é fundamental àqueles presentes no Estado.

Os direitos fundamentais sociais, nos termos de Cibele Gralha Mateus, são:

(...) os direitos fundamentais sociais são aqueles que visam exatamente à garantia de uma vida com dignidade, ou seja, são eles uma das possíveis manifestações do princípio da solidariedade onde através do Estado, ou por si mesmas, as pessoas preocupam-se com a realização da dignidade da pessoa humana em nível, geral, e não somente individual.<sup>67</sup>

Deste modo, e acima de qualquer outro direito, a dignidade da gestante deve ser mantida como medida de justiça social, e não pode ser permitido que seja exposta a situações que a possam comprometer ou comprometer o seu bebê.

---

<sup>65</sup> Ibidem, p. 51.

<sup>66</sup> MATHEUS, Cibele Gralha. **Direitos Fundamentais Sociais e Relações Privadas: o caso do direito à saúde na constituição brasileira de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 95.

<sup>67</sup> Ibidem, p. 98.

#### 4.1. Vinculação do particular aos direitos fundamentais – saúde, trabalho e previdência

Os poderes públicos estão vinculados ao cumprimento e efetivação dos direitos fundamentais, mesmo quando não seja de sua responsabilidade a efetivação desses direitos. Usaremos como exemplo o direito fundamental de o aposentado votar e ser votado nas organizações sindicais.

Aparentemente, essa disposição diz respeito apenas ao aposentado e ao sindicato, cujo destinatário seriam as organizações sindicais. Entretanto, o Estado está vinculado à essa previsão visto que, por exemplo, deve garantir tal direito ao julgar uma demanda judicial que discuta esse assunto, bem como não pode ser criada qualquer lei que configure uma restrição ao direito fundamental<sup>68</sup>.

Os particulares têm o dever de respeitar e viabilizar a concretização dos direitos fundamentais. Negar que os particulares estejam vinculados ao cumprimento e à aplicabilidade dos direitos fundamentais, é negar a participação desses no Estado, contrapondo o indivíduo ao Estado. Os particulares exercem tarefas de interesses coletivos, e são responsáveis pelo destino comunitário, o que indica a necessidade de estarem vinculados aos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais regulam as relações no geral, sejam para determinar a atuação, ou a abstenção de atuação do Estado e dos particulares. Acerca da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, Steinmetz traz uma síntese da matéria no que tange a vinculação do Estado:

Em suma, (i) os direitos fundamentais são limites ao poder do Estado, (ii) o Estado limitado e controlado é o Estado de Direito, (iii) os direitos fundamentais são tutelados *ex lege* e não *ex Constitutione*, (iv) os direitos fundamentais vinculam a Administração Pública por meio do princípio da legalidade e o Poder Judiciário por meio do dever de interpretação e aplicação da lei, e (v) o Estado de Direito é um "Estado legislativo de Direito", porque o Poder Legislativo não está vinculado juridicamente à Constituição e, por consequência, aos direitos fundamentais<sup>69</sup>.

Entretanto, ela não vincula apenas o Estado, mas também os particulares, visto que o Estado não detém o monopólio do poder, nem é a única manifestação de poder existente, e os direitos fundamentais incidem nas relações sociais.

---

<sup>68</sup> STEINMETZ, Wilson. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 59.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 78.

O mesmo autor entende que quando se trata de relação entre particulares, a eficácia dos direitos fundamentais deve ser pautada naquilo previsto na Constituição e na posição preferencial dos direitos fundamentais no sistema constitucional:<sup>70</sup>

Por fim, enfatiza-se que a medida da eficácia de direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares deve ser regulada e mensurada segundo parâmetros e exigências da Constituição e não segundo de níveis de tolerância ou conveniência do direito privado. Dizendo de outro modo, a vinculação dos particulares a direitos fundamentais deve ser pautada pela Constituição e da posição preferencial dos direitos fundamentais no sistema constitucional.

O direito ao trabalho não vincula apenas o Estado, senão teríamos servidores públicos como trabalhadores. O direito ao trabalho é do indivíduo, garantido pelo Estado que, além de poder gerar emprego, exerce função fiscalizadora, e é garantido pelos particulares que serão empregados e empregadores em relações particulares. O patrão deve gerar empregos dignos, com ambiente de trabalho saudável, e observar e cumprir os direitos dos trabalhadores, tais como o salário-mínimo, férias, FGTS, licenças, pagamento de adicionais como noturno, de insalubridade e periculosidade, entre outros.

O direito à vida, à saúde, à dignidade humana da empregada e da criança que está sendo gestada estão em posição preferencial em relação ao lucro do empregador, por exemplo.

E a igualdade de tratamento é uma medida que se impõe no ambiente de trabalho, conforme Verônica Pavan.<sup>71</sup>

Vale lembrar que as mulheres integram a categoria dos grupos vulneráveis e que a análise dos direitos humanos desses grupos excepciona o princípio da igualdade formal – que preconiza que todos são iguais perante a lei – erigido no Estado Liberal, para consagrar o da igualdade material ou substancial, que reconhece as particularidades de cada indivíduo envolvido em dada situação jurídica.

Entretanto, a igualdade de tratamento de maneira irrestrita aos particulares pode configurar restrição excessiva, pois é necessária a escolha.

---

<sup>70</sup> Ibidem, p. 296.

<sup>71</sup> PAVAN, Verônica. **A Proteção do Mercado de Trabalho da Mulher e a Reforma Trabalhista**. São Paulo: Dialética, 2020. Ebook kindle.

Na relação Estado-cidadão, a obrigação de igualdade de tratamento é uma das máximas jurídicas elementares. Já um particular não está nas mesmas condições que o Estado: parece que ele deverá poder, arbitrariamente, escolher contratar com uma ou outra pessoa, sem justificações nem preocupações igualitárias, sob pena de haver restrição excessiva da sua autonomia.<sup>72</sup>

Embora o empregador tenha que preservar pela igualdade entre os trabalhadores dentro do ambiente de trabalho, ele tem autonomia para contratar quem desejar. Entretanto, as escolhas de contratação podem ser arbitrárias e configurarem uma prática discriminatória, quando, por exemplo, não contratar um trabalhador devido ao sexo, religião, cor etc. Neste exemplo é possível verificar que o princípio da não discriminação, bem como o princípio da isonomia, ambos direitos fundamentais, andam juntos e servem de limite para a atuação do particular; no entanto, não vedam a autonomia do contratante.

Os direitos fundamentais são balizas necessárias para a atuação do particular na sociedade. Assim, os empregadores estão vinculados aos direitos fundamentais do mesmo modo que o Estado está; ainda que cada um tenha uma atuação diferente em relação ao direito a ser protegido

No caso da proteção à mulher trabalhadora e à contingência maternidade, o Estado deve custear o período de afastamento das atividades laborais em virtude da maternidade, bem como garantir a sua saúde e a do bebê por meio do SUS. Ao empregador cabe garantir um ambiente laboral seguro para que não afete a saúde da mãe e da criança, bem como garantir o emprego, sem prejuízo da função ou salário quando a mulher precisar se afastar das atividades habituais, seja por meio de alteração da função, seja por meio de afastamento da empresa.

O que importa é que todos, em uma atuação conjunta e complementar, garantam a saúde, o trabalho e a proteção previdenciária à mulher trabalhadora que está lidando com a contingência maternidade.

---

<sup>72</sup> CRORIE, Benedita Ferreira da Silva Mac. **A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 44.

## 4.2. Correlação entre a reforma trabalhista e legislação previdenciária

Como dissemos anteriormente, a reforma trabalhista trouxe a previsão do afastamento da mulher grávida do ambiente de trabalho insalubre, e quando não for possível que seja mudada de função ou de ambiente de trabalho, que cesse a exposição ao agente nocivo e que seja mantida afastada do trabalho presencial, equiparando a gravidez à gestação de risco, e determinando que o afastamento ocorra por meio de benefício previdenciário de salário-maternidade.

A legislação trabalhista criou a modalidade de salário-maternidade que não tem fonte de custeio adequada e sem legislação competente para tal. A legislação trabalhista apenas deve abranger os direitos trabalhistas, pois a dinâmica do direito previdenciário é diferente e não envolve os particulares, pois depende de prestação estatal e de previsão orçamentária.

A legislação previdenciária é a competente para esses casos, visto que é no seu interior que é possível a instrumentalização dos benefícios e a sua aplicabilidade.

Embora exista a previsão do afastamento da trabalhadora após o parto na esfera previdenciária, por meio da licença-maternidade, porém, a partir do momento em que a contingência maternidade passou a ser protegida pelo direito previdenciário, a licença-maternidade tradicional, de 120 dias, tornou-se custeada pela previdência social.

Entretanto, qualquer tipo de licença que ultrapasse os 120 dias – assim como nas hipóteses de prorrogação permitidas no direito previdenciário - configura licença-maternidade, pois foge da proteção previdenciária. Ambos os institutos podem ser confundidos, visto que a licença-maternidade prevista no art. 7º da CF/88, e o salário-maternidade, da previdência social, têm a mesma duração.

Entretanto, a licença-maternidade refere-se ao afastamento da atividade laboral em virtude do parto, adoção, guarda judicial para fins de adoção e aborto não criminoso. E o salário-maternidade é um benefício previdenciário devido, que, em regra, tem a mesma duração e são coincidentes com a licença maternidade.

A confusão entre os institutos também pode surgir na doutrina trabalhista. A obra “Licença-Maternidade à Mãe Adotante: aspectos constitucionais”, de Yone Frediani<sup>73</sup>, apresenta constante confusão entre os institutos. O título induz o leitor a

---

<sup>73</sup> FREDIANI, Yone. **Licença-Maternidade à Mãe Adotante: aspectos constitucionais**. São Paulo: LTr, 2004.

acreditar que irá versar exclusivamente sobre o benefício trabalhista, entretanto, ao explicar a matéria, a autora se utiliza de jurisprudência previdenciária, bem como se vale de um capítulo inteiro para tratar dos aspectos gerais do Sistema de Previdência Social. Essa forma de expor indica que analisa o benefício previdenciário e não apenas o benefício trabalhista, confundindo os institutos.

Um exemplo de afastamento da mulher das atividades em virtude da maternidade, e que configura licença-maternidade, é a extensão por mais 60 dias (180 dias no total) oferecida pelo programa Empresa-Cidadã. Esse programa foi criado pela Lei n. 11.770/2008 e é destinado a prorrogar o período da licença-maternidade e da licença-paternidade. A primeira prorroga por 60 dias e a segunda por quinze dias. A empregada da empresa filiada ao programa terá direito a essa prorrogação desde que requeira em até um mês após a incidência do fato gerador (parto, adoção ou guarda judicial para fins de adoção). A prorrogação de 60 dias pode ser substituída pela redução da jornada de trabalho em 50% durante 120 dias. A prorrogação trazida pelo programa se inicia no primeiro dia imediatamente posterior ao fim do salário-maternidade previdenciário. A empresa filiada ao programa pagará o salário da empregada tal como faz durante o período de salário-maternidade, entretanto, não compensará com as contribuições previdenciárias devidas, haja vista não se tratar de um benefício previdenciário. Quem custeia a prorrogação do afastamento é a empresa. Qualquer empresa pode se filiar ao programa, todavia, apenas as que são tributadas com base no lucro real podem obter incentivo fiscal. O art. 648, do Decreto 9.580/2018, que regulamenta a tributação, a fiscalização, a arrecadação e a administração do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza, determina que:

A pessoa jurídica tributada com base no lucro real poderá deduzir do imposto sobre a renda 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.

Assim, para a empregada o afastamento ocorre nos mesmos moldes do salário-maternidade, sem diferença entre os 120 dias de salário-maternidade e os 60 dias de licença-maternidade. Entretanto, no primeiro período ela receberá benefício previdenciário, e no segundo receberá o seu salário propriamente dito.

Isto posto, verifica-se que o afastamento dado à mulher em virtude da maternidade, que não aquele previsto na legislação previdenciária, foi devidamente

criado observando os critérios constitucionais, nesse caso, se configura como licença-maternidade, como benefício trabalhista, e não como salário-maternidade, que é um benefício previdenciário.

A reforma trabalhista, ao promover o afastamento da mulher das atividades presenciais, não poderia imputá-lo à previdência social, visto configurar uma previsão inconstitucional, pois não há prévia fonte de custeio. Tal afastamento deveria configurar como uma licença-maternidade.

Nesse sentido, é necessário refletir sobre a Orientação Jurisprudencial 44, SDI 1 (sessão especializada em dissídio individual) do Tribunal Superior do Trabalho (TST), inserida em 13 de setembro de 1994: “é devido o salário maternidade, de 120 dias, desde a promulgação da CF/1988, ficando a cargo do empregador o pagamento do período acrescido pela Carta”.

Observa-se que o tribunal decide que o empregador deve custear o período de afastamento superior a 120 dias, tal como ocorre com a prorrogação da licença maternidade trazida pelo programa Empresa-Cidadã. Entretanto, tal entendimento, com mais de 25 anos, é incoerente com o que determina a Convenção 103 da OIT, pois ela imputa esse ônus ao Estado por meio do seguro social, cujo afastamento não poderia ser custeado pela empresa.

Nota-se um conflito sobre qual seria a melhor maneira de garantir a saúde e integridade da gestante e do bebê sem onerar a empresa, e que pudesse ser viabilizada pelo Estado.

### **4.3. Salário-Maternidade**

Inicia-se a análise teórica do benefício previdenciário que é devido a todos os segurados a partir da incidência do fato gerador, configurado pelo parto, pela adoção, pela guarda para fins de adoção ou pelo aborto não criminoso, e pode ser concedido inclusive para homens.

O benefício tem a duração de 120 dias, podendo ser adiantado em até 28 dias. Para o fato gerador aborto não criminoso a duração pode ser duas semanas. E, se tratando de adoção ou guarda, o benefício poderá ser concedido para o segurado homem; entretanto, em caso de parto e aborto não criminoso, apenas é possível a concessão para as seguradas mulheres.

O Salário-Maternidade sempre será custeado pela Previdência Social, entretanto, tratando-se de empregados, o empregador pagará diretamente, e posteriormente compensará o valor pago por meio das contribuições previdenciárias devidas.

Para os empregados, o valor do salário-maternidade corresponde ao valor da remuneração integral, e caso a remuneração seja variável, equivalerá à média dos últimos seis meses. Destaca-se que não está vinculado ao teto dos benefícios previdenciários.

O Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1946, declarou que a licença-gestante não é abrangida pelo teto dos benefícios do RGPS, e pode ultrapassar esse limite. Entretanto, para todas as demais categorias de segurados, o benefício será limitado ao valor do teto dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Isto posto, destaca-se que presente trabalho tem como foco a maternidade biológica, e, segundo Cesarino Junior:<sup>74</sup>

Por maternidade não se entende, em técnica de seguro-social, tão somente o “estado ou qualidade de mãe”, conforme os dicionaristas ensinam. A expressão compreende, em realidade, quatro fases da vida da mulher: a gestação ou gravidez, o parto e o puerpério e a lactação, assim como estados, como estados patológicos com elas relacionados.

Para fins desta pesquisa, cabe o estudo somente da trabalhadora gestante, vez que o foco do estudo é o benefício devido à trabalhadora grávida que deve ser afastada das atividades presenciais, sem possibilidade de realização de trabalho remoto, devido aos riscos à saúde presentes no ambiente de trabalho das grávidas.

Entretanto, destaca-se que este não é um benefício devido apenas às mães biológicas. O benefício pode ser concedido aos adotantes, independente do sexo, e, excepcionalmente o benefício concedido à mulher poderá ser direcionado ao homem. Caso a mulher faleça no decurso do período do benefício, o cônjuge ou companheiro, desde que segurado da previdência social, independentemente de sua categoria, poderá receber o benefício de salário-maternidade pelo período remanescente ao qual a mulher teria direito.

---

<sup>74</sup> CESARINO JÚNIOR, Antonio Ferreira. **Seguro-Maternidade em Direito Comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1961, p. 76.

O benefício previdenciário deveria ser concedido a todos aqueles que exercem a função de cuidador de uma criança recém-chegada, independente do vínculo consanguíneo e/ou da adoção e guarda judicial para fins de adoção.

Muitos parentes exercem o cuidado integral com bebês e crianças, que são inseridos em seu núcleo familiar, alterando toda a realidade até então conhecida, e necessitando de dedicação e tempo do cuidador. Entretanto, tais pessoas não possuem qualquer respaldo previdenciário ou trabalhista que o ajude a suportar todos os encargos financeiros e emocionais decorrentes da chegada do bebê ou criança.

Entretanto, conquanto interessante, este não é o objeto desta pesquisa, motivo pelo qual este assunto não será desenvolvido e apenas foi destacado, vez que é versa sobre uma importante reflexão acerca da necessidade de ampliação da proteção previdenciária e trabalhista. Isto posto, passa-se à análise do benefício existente no ordenamento jurídico brasileiro.

Como observado no desenvolvimento desta pesquisa, o salário-maternidade não pode ser confundido com a licença-maternidade, devido à natureza de cada um dos benefícios, pois o primeiro é previdenciário e o segundo é trabalhista.

A proteção à maternidade teve início por meio de uma abordagem trabalhista, e com o decorrer dos anos, devido à estruturação da seguridade social por meio da previdência social, e por meio da previsão da Convenção 103, da OIT, a proteção à maternidade passou a ser protegida pelo Direito Previdenciário.

O custeio dos benefícios previdenciários é realizado pelos cofres públicos, com a verba da previdência social, e o do benefício trabalhista é custeado pela empresa empregadora do trabalhador beneficiário.

Outro ponto importante a ser abordado é a nomenclatura do benefício de salário-maternidade, pois o instituto não é um salário, mas é um benefício substituidor de renda. Ademais, conforme será visto, existe a possibilidade de o segurado homem receber o benefício, e, portanto, não é devido apenas em caso de maternidade, mas também pode ser à paternidade.

Nesta perspectiva, entende-se que a nomenclatura não é adequada ao benefício existente, assim como o benefício deveria ser mais amplo de modo a proteger toda a parentalidade e todos aqueles que são responsáveis por um novo bebê ou criança no seio familiar.

De maneira ideal, o benefício deveria se chamar Auxílio-Parental (ou auxílio maternagem, desvinculando da relação consanguínea)

Tal alteração de nomenclatura exige que se cumpra os requisitos constitucionais, inclusive com a devida previsão de custeio, vez que aumentará a abrangência da proteção, de modo que permita que o benefício atinja toda a parentalidade.

Enquanto essa adequação de nomenclatura e de cobertura não é feita, existe no direito brasileiro apenas o salário-maternidade e a licença-maternidade.

Importante destacar que o benefício é destinado exclusivamente ao adulto cuidador, vez que ele é o segurado da previdência social, ou o trabalhador.

O salário-maternidade e a licença-maternidade são benefícios que promovem o bem-estar do bebê e da criança, porém não são destinados especificamente a eles.

A proteção concedida ao trabalhador garante a saúde dele, o descanso, e a dignidade, permitindo que possa se dedicar aos cuidados com o bebê e com a criança que foi introduzida ao seio familiar do trabalhador.

Em específico à mulher trabalhadora, a garantia da saúde da gestante e da lactante é essencial para a integridade física e da saúde do bebê gestado e que está sendo amamentado.

O salário-maternidade existe para proteger a maternidade, especialmente à gestante, gerando reflexos, também, na proteção do bebê que está sendo gestado, e posteriormente será amamentado. No caso da adoção, o benefício serve para permitir a integração da criança com a nova família, permitindo que o adotante e o adotado criem vínculos enquanto o segurado estiver afastado do trabalho, podendo se dedicar a essa nova relação. Quanto ao aborto, a mulher é protegida, e é permitido que se afaste para se recuperar dos efeitos da gestação e do abortamento.

Destaca-se que conquanto possa ser considerado um benefício que gere proteção familiar, ele é um benefício pessoal, de caráter personalíssimo, devido ao segurado, e a criança não é titular do salário-maternidade.

Note-se que o benefício permite a recuperação da saúde da segurada devido às mudanças causadas pela gestação, aleitamento, ou aborto, que atingem diretamente o corpo e a saúde da segurada.

Segundo Cesarino Júnior<sup>75</sup>, há semelhança entre as prestações em situação de enfermidade e de maternidade.

---

<sup>75</sup> Ibidem, p. 45-46.

Com efeito, os pressupostos dos dois seguros são, afinal, os mesmos: a perda de capacidade de ganho, decorrente da inconveniência higiênica e eugênica do trabalho, no caso da beneficiária ser a própria segurada ou a de aumento de despesas, no caso de ser ela a mulher do segurado e, em ambos os casos, a necessidade de assistência obstétrica e às vezes até mesmo de assistência médica, com a necessidade também de internação, dada a prevenção atual dos obstétricos contra o parto a domicílio, embora nem sempre seja possível evitá-lo.<sup>76</sup>

Miguel Horvath Junior<sup>77</sup> versa sobre a previsão de concessão do salário maternidade pelo afastamento da gestante ou lactante do ambiente insalubre. Para o autor, a “previsão fere a regra da contrapartida, posto que cria extensão de salário maternidade não prevista e autorizada na legislação previdenciária”. Para que um benefício seja ampliado, ou estendido, é necessário que haja prévia fonte de custeio determinada, nos moldes do art. 195, da Carta Magna. Permitir que o Salário-Maternidade dure mais do o tempo previsto pela legislação previdenciária (120 dias como regra geral) é violar o regramento constitucional da regra da contrapartida.

A regra da contrapartida existe para garantir o equilíbrio do sistema da Seguridade. Para que seja possível a concessão de um benefício, é necessário haver fonte de custeio para tal, garantindo as receitas para a sua cobertura.

Wagner Balera<sup>78</sup>, ao tratar sobre a regra da contrapartida, afirma que “Atingindo na sua equação econômica elementar – que se define como estreita correlação entre receitas e despesas – o sistema acabaria por esboroar-se, levando consigo todos os que dele dependem”.

Na obra denominada “Salário-Maternidade”<sup>79</sup> Miguel Horvath Júnior entende que, mesmo que a regra da contrapartida não estivesse expressamente prevista no Art. 195, §5º da Constituição Federal, ainda assim integraria o sistema da Seguridade Social, visto que “um sistema cuja finalidade é assegurar proteção social, precisa obter, antecipadamente, os recursos para depois selecionar e quantificar os benefícios”.

É possível entender que o benefício do salário-maternidade não é o adequado para o tema deste estudo, vez que a existência de agentes nocivos à integridade física no ambiente de trabalho, bem como a existência de uma pandemia mundial, não configura um fato gerador possível para a concessão do referido benefício.

---

<sup>76</sup> Redação original.

<sup>77</sup> HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**. 12 ed. São Paulo: Rideel, 2020, p. 454.

<sup>78</sup> BALERA, Wagner. **Noções Preliminares de Direito Previdenciário**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 211.

<sup>79</sup> HORVATH JUNIOR, Miguel. **Salário Maternidade**. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 101.

Nestes termos, o afastamento da mulher grávida se apresenta exclusivamente para a proteção da saúde da mãe e da criança gestada.

#### 4.4. Benefícios por Incapacidade

A Previdência Social brasileira, nos termos do art. 201, inciso I da Constituição Federal de 1988, deve atender ao risco da incapacidade do trabalhador, seja temporária ou permanente. A proteção se manifesta por meio dos seguintes benefícios: Auxílio por incapacidade temporária (anteriormente nomeado “auxílio-doença”) e auxílio por incapacidade permanente (anteriormente nomeado “aposentadoria por invalidez”). Essa alteração da nomenclatura ocorreu a partir da Emenda Constitucional 103/91.

O benefício por incapacidade é devido quando o segurado estiver incapaz para o trabalho, quando tiver a qualidade de segurado e possuir carência de 12 contribuições. Para fins previdenciários, a invalidez pode ser conceituada como sendo a incapacidade laborativa total, permanente ou com prazo indefinido, omni-profissional/multi-profissional e insuscetível de recuperação ou reabilitação profissional, em consequência de doença ou acidente, conforme se depreende do Manual Técnico de Perícia Médica Previdenciária – Resolução INSS n. 367/2018.

Urrutia explica que a incapacidade temporária é a prestação que protege economicamente a situação de necessidade derivada da incapacidade para o trabalho, que requeira assistência sanitária, e que tenha uma duração previsível no tempo<sup>80</sup>.

Paul Durand afirma que os benefícios por incapacidade (seguro enfermidade) cumprem uma função social.<sup>81</sup> Segundo o autor, as instituições de seguro social empreenderam por meio de uma política de prevenção. Inicialmente destinada a aliviar seus encargos financeiros, essa política encontrou seu próprio propósito: contribuir para a melhoria da situação global de saúde de um país.<sup>82</sup> Investir em um

---

<sup>80</sup> URRUTIA, Aránzazu Fernández. **Prestaciones Económicas de Incapacidad Temporal y Maternidad**. Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 11.

<sup>81</sup> DURAND, Paul. **La Política Contemporánea de Seguridad Social**. Espanha: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1994, p. 237.

<sup>82</sup> Redação original: “Además el Seguro de enfermedad cumple igualmente una función social, Las instituciones de Seguridad Social han emprendido, a través de él, una política de prevención. Inicialmente destinada a aligerar sus cargas financieras, esta política ha encontrado un fin propio: contribuir a la mejora del estado de situación sanitaria global de un país”.

sistema de previdência social forte é garantir que os encargos dos demais pilares da seguridade social, tais como a saúde, não seja sobrecarregada. Há uma divisão de encargos, com a dupla proteção do trabalhador. Para Durand, a maternidade está assimilada como sendo integrante da enfermidade, pois versa sobre os riscos fisiológicos aos quais todos os seres humanos estão expostos.

No cenário pandêmico, os benefícios por incapacidade se tornaram essenciais aos trabalhadores acometidos pelo vírus.

Miguel Horvath Junior, Geisla Luara Simonato e Carolina Alves Corrêa Láu trazem a importância dos benefícios por incapacidade no mercado de trabalho.<sup>83</sup>

Entretanto, no cenário pandêmico, a saúde individual e coletiva fica prejudicada, com a multiplicação de eventos aleatórios que atingem a vida das pessoas e dos trabalhadores, como, por exemplo, a incapacidade de exercer atividade laborativa enquanto durar o período de isolamento e repercussões clínicas incapacitantes da doença. Revela-se, portanto, que o mercado de trabalho foi fortemente afetado, com reflexos na área previdenciária, cujo liame protetivo impõe a cobertura do evento incapacidade.

Entretanto, não são todos os trabalhadores que têm direito à incapacidade protegida pela Previdência Social, pois para ter acesso aos benefícios por incapacidade temporária ou permanente é necessário cumprir o requisito da carência de doze meses. Existe a possibilidade de o segurado ser dispensado do cumprimento de carência nos casos de acidente de qualquer natureza, ou no caso de doenças previstas no rol disponibilizado pelo Ministério da Saúde, e que é discriminado no art. 151 da Lei n. 8.213/91. Além disso, a jurisprudência entende que a gravidez de risco é passível de dispensa do cumprimento de carência.

O tema 220 da Turma Nacional de Uniformização da Justiça Federal fixou a seguinte tese:

1. O rol do inciso II do art. 26 da lei 8.213/91 é exaustivo. 2. A lista de doenças mencionada no inciso II, atualmente regulamentada pelo art. 151 da Lei nº 8.213/91, não é taxativa, admitindo interpretação extensiva, desde que demonstrada a especificidade e gravidade que mereçam tratamento particularizado. 3. A gravidez de alto risco, com recomendação médica de afastamento do trabalho por mais de 15 dias consecutivos, autoriza a dispensa de carência para acesso aos benefícios por incapacidade.

---

<sup>83</sup> HORVATH JUNIOR, Miguel; SIMONATO, Geisla Luara; LÁUA, Carolina Alves Corrêa Láu. Benefício Previdenciário por Incapacidade Temporária e a Atuação dos Trabalhadores em Época de Pandemia. **Revista Brasileira de Direito Previdenciário**. Porto Alegre: v. 64, ago/set 2021, p. 51.

A gravidez não é doença e tampouco incapacita para a atividade laboral. A OIT se posicionou acerca do fato de gravidez não ser doença, mas é um período que inspira cuidados especiais com a saúde.

Embora a gravidez não seja uma doença e o trabalho não represente um risco em si para a mulher e para o bebê, nesse período a saúde da mulher requer cuidados especiais, que podem implicar a necessidade de uma proteção especial no local de trabalho. Riscos associados ao ambiente de trabalho, por exemplo o exercício de trabalho insalubre, têm efeitos negativos a saúde da gestante e do feto<sup>84</sup>.

Entretanto, em virtude da gravidez, nos casos de exposição à agentes nocivos à saúde e que não possa ser remanejada dentro da empresa para realizar sua atividade laboral, ou no caso da gestante que não pode exercer suas atividades em regime de home office durante o ESPIN, a mulher se encontrará incapaz para o trabalho para que possa ter sua saúde, e a do bebê protegidas.

Frente aos riscos à saúde e integridade física presente no ambiente do trabalho, sejam eles decorrentes das condições laborais, sejam decorrentes da pandemia de COVID-19, o benefício mais adequado é aquele proveniente de incapacidade para o trabalho. De fato, a gestante estará inapta ao trabalho presencial, visto que a sua manutenção na atividade pode comprometer sua saúde e a do nascituro.

Os mais diversos riscos presentes no ambiente de trabalho, tais como agentes químicos, ruído excessivo, altas temperaturas, radiação, podem comprometer a saúde da gestante, e a formação e desenvolvimento do feto gestado. O mesmo se aplica à contaminação da trabalhadora pelo vírus da COVID-19, que por muitas vezes é letal tanto para a mãe, quanto para o bebê.

Manter a gestante no trabalho presencial é condená-la ao risco de prejudicar a sua saúde e a de seu filho. É violar diretamente o direito de dignidade da pessoa humana da trabalhadora, que passará todo o período de gestação e aleitamento na incerteza e medo de ter sua saúde, e a de seu filho, comprometida por riscos que poderiam ser evitados com o afastamento dela das atividades laborais presenciais.

Além, viola o direito à saúde da gestante e do bebê, que involuntariamente podem ser contaminados por um vírus violento, ou ter suas saúdes violadas por agentes nocivos presentes no ambiente de trabalho.

---

<sup>84</sup> OIT, Organização Internacional do Trabalho. **Notas da OIT sobre Trabalho e Família: Proteção da Maternidade**. Brasília: 01 dez. 2011. Disponível em: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms\\_229653.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_229653.pdf). Acesso em: 16 set. 2021.

A manutenção da gestante na atividade laboral configura afronta ao direito à saúde e à dignidade humana, vez que obrigará a gestante a colocar sua saúde em risco e a saúde do bebê que está sendo gestado ou amamentado em risco também.

O mesmo pensamento pode ser aplicado ao afastamento da mulher grávida das atividades presenciais durante o período de ESPIN, pois a manutenção dela nas atividades presenciais coloca a sua saúde em risco, podendo a levar a óbito, ou acarretar a perda do bebê, em caso de contágio pelo vírus. Tal situação é semelhante à da aeronauta. De acordo com Regulamento Brasileiro da Aviação Civil – RBAC nº 67 – ANAC (Agência Nacional de Aviação Civil), a gravidez configura incapacidade para o aeronauta. É determinado que em caso de gravidez, a aeronauta deve ser julgada inapta para o trabalho. Esta incapacidade é considerada na medida em que a atividade aérea traz risco à gravidez. Assim, apesar de não constituir doença, a gestação incapacita as aeronautas para o trabalho.

Importante salientar que conquanto o termo utilizado pela ANAC seja “inapta”, conforme se verifica no dicionário da língua portuguesa Michaelis, a palavra “inapto” é sinônimo de incapaz, inábil e sem aptidão<sup>85</sup>. Deste modo, é correto entender que a gestante está incapaz para o trabalho.

Às aeronautas é concedido o benefício na espécie auxílio por incapacidade temporária, vez que são consideradas inaptas ao trabalho, e não o salário maternidade, tal como deve ser no caso dos afastamentos da gestante – que não pode exercer trabalho remoto- na pandemia.

O benefício por incapacidade concedido às aeronautas gestantes é pago pelo INSS e deve ser requerido por telefone, pelo número 135<sup>86</sup>, não existindo qualquer óbice ou entrave para a sua concessão.

A possibilidade do requerimento do referido benefício diretamente na via administrativa é consequência da decisão de primeira instância da Justiça Federal do

---

<sup>85</sup> MICHAELIS. **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. Melhoramentos, 2022. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/inapto>. Acesso em 04 dez. 2022.

<sup>86</sup> INSS, Instituto Nacional do Seguro Social. **Solicitar Auxílio-Doença da Aeronauta Gestante**. Brasília, 25 jul. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/servicos/solicitar-auxilio-doenca-da-aeronauta-gestante#:~:text=O%20que%20%C3%A9%3F,DF%20e%20tem%20abrang%C3%Aancia%20nacional>. Acesso em: 22 nov. 2022.

Distrito Federal – Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no Mandado de Segurança Coletivo n. 1010661-45.2017.4.01.3400/DF<sup>87</sup>.

Destaca-se que até a data do encerramento deste trabalho, o referido remédio constitucional encontra-se aguardando decisão de recurso de Apelação, não tendo transitado em julgado.

Assim como há uma norma que declara que as aeronautas estão inaptas para o trabalho, ideal seria que houvesse normativa similar que determinasse que as gestantes que exercem atividade exposta a agentes nocivos, bem como àquelas que estão expostas a contágio pelo vírus da COVID-19 durante a pandemia, estão inaptas ao trabalho.

Determinar a incapacidade da gestante exposta a agentes nocivos à saúde, seja decorrente do ambiente de trabalho, seja decorrente de uma pandemia mundial, viabilizará a concessão de benefício previdenciário por incapacidade, sem que seja necessário alterar a legislação previdenciária, tampouco criar fonte de custeio (art. 195 da CF/88).

Como já demonstrado, a legislação trabalhista dá ensejo à essa interpretação ao equiparar à gestação de risco, reconhecendo a gravidade da exposição da gestante à agentes nocivos à saúde e à integridade física no ambiente de trabalho.

Ademais, caso assim fosse, o benefício por incapacidade já é concedido para qualquer situação de incapacidade para a atividade laboral, não havendo necessidade de qualquer alteração legislativa, ampliação do alcance, ou previsão orçamentária, vez que não se ampliará qualquer benefício, mas sim concedendo o benefício para a gestante que está inapta para o trabalho presencial

Portanto, após todo o desenvolvimento do tema, é possível entender que o benefício por incapacidade é o que melhor se aplica para o afastamento das gestantes, que não sejam em virtude dos fatos geradores do benefício previdenciário de salário-maternidade.

---

<sup>87</sup> TRF1, Tribunal Regional Federal da Primeira Região. **Decisão em Mandado de Segurança Coletivo n. 1010661-45.2017.4.01.3400/DF**. Impetrante: Sindicato Nacional dos Aeronautas. Impetrado: Presidente do Instituto Nacional do Seguro Social. Distrito Federal, 19 out. 2018.

## 5. CONCLUSÃO

Após vasta explanação da proteção à mulher trabalhadora, especialmente durante o período de gestação, é inegável que o empregador deve garantir um ambiente de trabalho saudável, bem como o Estado deve arcar com o ônus da gestação, por meio do seguro público, nos termos da Convenção 103 da OIT.

A Constituição Federal traz previsões que vinculam os particulares e o Estado a protegerem a gestante e a contingência maternidade, não podendo nem empregador, nem Estado se eximirem de suas responsabilidades.

A proteção da gestante trabalhadora é materializada de maneira multidisciplinar. No direito do trabalho ocorre na área de segurança do trabalho, à medida que o empregador deve garantir um meio ambiente saudável para a gestante, sem que ela realize atividades e esforços que possam comprometer a sua saúde e a saúde do bebê, bem como nos casos de licença-maternidade, nos termos já expostos.

Na esfera previdenciária, a proteção se realiza a partir do momento em que há a necessidade do afastamento da trabalhadora grávida das atividades presenciais, seja por motivo de saúde (benefício por incapacidade), seja pelos fatos geradores do salário-maternidade (parto, adoção, guarda judicial para fins de adoção e aborto não criminoso).

O legislador, ante situações que possam comprometer o desenvolvimento do bebê e a saúde da trabalhadora, trouxe duas previsões trabalhistas munidas de fundamento, porém instrumentalizadas de maneira equivocada; seja por atribuir a proteção à Previdência Social por meio de um benefício inadequado, seja por se omitir em relação às trabalhadoras que não possuem meios de exercer sua atividade laboral de maneira remota.

A legislação trabalhista e previdenciária deve agir conjuntamente para garantir essa proteção, entretanto, não deverá ser realizada por meio do benefício intitulado como salário-maternidade. Esse benefício possui fatos geradores taxativos e claramente determinados na legislação, quais sejam: parto, adoção, guarda judicial para fins de adoção, e aborto não criminoso.

Nenhum desses fatos geradores estão presentes nas hipóteses de afastamento da mulher trazidas pela reforma trabalhista, pela Lei 14.151/2021, e lei 14.331/2022. Ambos os casos versam sobre a saúde da trabalhadora e que, se a mantiver na

atividade laboral presencial, terá prejuízos, possivelmente irreparáveis, podendo levar até a óbito.

Concedendo-se o salário-maternidade à gestante impossibilitada de exercer atividades laborais presenciais em razão da pandemia, o prazo de duração do benefício, que, geralmente, é de 120 dias também é extrapolado, pois o benefício deve ser concedido pelo tempo que durou o período de emergência de saúde pública de importância nacional decorrente do novo coronavírus, implicando a concessão de dois benefícios iguais para a mesma segurada. Um no período de afastamento, que poderá durar por toda a gestação, e outro quando houver o fato gerador legal do parto ou aborto.

Com base na legislação, entende-se que a necessidade de afastamento seja tida como uma incapacidade temporária, a ser coberta pelo benefício auxílio por incapacidade temporária, que prevê o pagamento de mensalidades por tanto tempo quanto durar a incapacidade para o trabalho. Não se pretende com isso que a gravidez seja entendida como uma doença, uma vez que para concessão desse benefício não é necessário que exista doença, mas sim uma incapacidade.

Para isso, ideal é que faça uma normativa, tal como existe para as aeronautas, quando as empregadas grávidas expostas a agentes nocivos à saúde (insalubridade) ou ao vírus da COVID-19, são declaradas incapazes ao trabalho durante o período de gestação, não sendo necessário alterar qualquer norma previdenciária, e podendo se valer dos benefícios já existentes, nos moldes e parâmetros já positivados para a sua concessão.

Nesse sentido, ressalta-se que o artigo 201, I, da Constituição Federal determinava que a Previdência Social atenderia, na forma da lei, a cobertura dos eventos doença e invalidez. Com a Emenda Constitucional n. 103/19, foi conferida nova redação ao dispositivo, substituindo o risco objeto da cobertura previdenciária, para “incapacidade temporária ou permanente”, desvinculando, pois, a necessidade de a incapacidade decorrer de “doença ou invalidez”. Desse modo, permite-se que benefícios por incapacidade sejam concedidos para segurados da Previdência Social que estejam incapazes de realizar sua atividade laboral habitual, seja ela decorrente de doenças ou não.

A Lei n. 8.213/91 regulamenta a concessão do benefício correspondente ao risco incapacidade anunciada na Constituição Federal e exige, além da comprovação

da incapacidade, o cumprimento de carência; isto é, de um número mínimo de contribuições necessárias para acesso ao benefício.

No entanto, para que haja efetivamente uma proteção social adequada e a garantia da manutenção de emprego da mulher, sobretudo durante a pandemia, o requisito carência deve ser dispensado, como ocorre com a legislação relativa a doenças específicas e graves e em caso de acidente de qualquer natureza.

Salienta-se que a legislação trabalhista determina que a gravidez da empregada exposta a agentes nocivos deve ser equiparada à gravidez de risco, e o mesmo deve ser aplicado às gestantes que não podem realizar suas atividades de modo remoto durante a pandemia de COVID-19.

Nessa esteira, verifica-se que é necessária uma análise da situação em que a empregada grávida se encontra para concluir pela incapacidade laboral dela. Por não poder trabalhar em virtude do risco que corre ao se expor na atividade laboral presencial, a grávida necessita do afastamento para que sua saúde e integridade física sejam garantidas, bem como a de seu filho que está sendo gestado.

A gestação durante a pandemia traz para a mulher a consequência de não poder mais exercer sua atividade habitual, por não ser ela possível fora do ambiente laboral contumaz, como uma incapacidade.

A gravidez como hipótese de incapacidade, faz gerar a concessão do auxílio por incapacidade temporária, sem maiores interpretações. Isso porque, para concessão desse benefício, além do cumprimento da carência, é necessária a incapacidade, que estaria consubstanciada na existência das condições objetivas impossibilidade do exercício de trabalho remoto e a gravidez.

Não é necessário discorrer sobre o aumento ou a expansão do alcance do benefício, e nem mesmo em violação da regra da contrapartida, que estaria sendo respeitada. Entretanto, o impasse jurídico que se observou neste trabalho não será resolvido de maneira simples, pois depende que haja alteração legal, visto que o Estado só pode agir mediante autorização legal (Princípio da Legalidade trazido pelo art. 37 da CF/88). Enquanto a legislação não se alterar, e não prever a inaptidão para o trabalho da gestante exposta a agentes nocivos e ao vírus da COVID-19, será necessário a atuação do judiciário para que tenha que, caso a caso, dirimir os impasses sem que haja qualquer tipo de prejuízo à grávida e ao empregador.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Vergílio Afonso da Silva. 5ª ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2006.

BALERA, Wagner. **Noções Preliminares de Direito Previdenciário**. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

BALERA, Wagner. **Sistema de Seguridade Social**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2016.

BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo**. Trad. Sérgio Milliet. 2ª ed. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 2009.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2011.

BECK, Ulrich; REY, Jesus Alborés (trad.). **La Sociedad Del Riesgo Global: Amok, violencia, guerra**. 2ª ed. Siglo XX: Espanha, 2006.

BOSKOVIC, Alessandra Barichello; COLLESI, Paula Castro. Proteção à Maternidade e Medidas Emergenciais Trabalhistas para Enfrentamento da Crise Decorrente do Coronavírus. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, v. 213/2020, Set – Out/2020, p. 177 - 197, 2020. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000017f4858cf204a5db144&docguid=lb2e3a480e68a11ea942094bb467fd237&hitguid=lb2e3a480e68a11ea942094bb467fd237&spos=14&epos=14&td=1232&context=341&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em 02 fev. 2022.

BRAMANTE, Ivani Contini. Proteção à Gestante e Pandemia: Salário-Maternidade. Risco Ambiental. Covid-19. In: BRAMANTE, Adriane; SIMONATO, Priscilla (coord.). **Direito Previdenciário das Mulheres**. Curitiba: Juruá, 2021. p. 61 – 81.

BRASIL. **Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde**. 3ª ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direita de Inconstitucionalidade 6327/DF**. CONSTITUCIONAL. DIREITOS SOCIAIS. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE CONVERTIDA EM ARGUIÇÃO DE

DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. POSSIBILIDADE. CONTAGEM DE TERMO INICIAL DE LICENÇA-MATERNIDADE E DE SALÁRIO-MATERNIDADE A PARTIR DA ALTA HOSPITALAR DO RECÉM-NASCIDO OU DA MÃE, O QUE OCORRER POR ÚLTIMO. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO DO §1º DO ART. 392, DA CLT, E DO ART. 71 DA LEI 8.213/1991. NECESSÁRIA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À MATERNIDADE E À INFÂNCIA. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. Requerente: Solidariedade. Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Edson Fachin, 24 de out. 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15354556029&ext=.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2022.

CALIL, Léa Elisa Silingowschi. **História do Direito do Trabalho da Mulher: Aspectos históricos-sociológicos do início da República ao final deste século.** São Paulo: LTr, 2000.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário.** 33ª ed., ver. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2021.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de Carvalho. Os Direitos Sociais Como Categoria Constitucional. **Revista Direito Público**, v. 14, n. 81, mai - jun 2018. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2898>. Acesso em: 3 dez. 2022.

CESARINO JÚNIOR, Antonio Ferreira. **Seguro-Maternidade em Direito Comparado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1961.

COELHO, Nicolau Rafael Guimarães. **O Trabalho da Mulher e a Proteção à Maternidade.** Dissertação. 2016. <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/19762/2/Nicolau%20Rafael%20Guimar%c3%a3es%20Coelho.pdf>

CORREIA, Henrique. **Curso de Direito do Trabalho.** 6ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

COIMBRA, Feijó. **Direito Previdenciário Brasileiro.** 9ª ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1998.

CRORIE, Benedita Ferreira da Silva Mac. **A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais.** Coimbra: Almedina, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18ª ed. São Paulo: LTr, 2019.

DELGADO, Maurício Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (org.). **Welfare State: os grandes desafios do estado de bem-estar social**. São Paulo: LTr, 2019.

DERZI, Heloisa Hernandez. **Os Benefícios da Pensão por Morte: regime geral de previdência social**. São Paulo: Lex Editora, 2004.

DURAND, Paul. **La Política Contemporánea de Seguridad Social**. Trad. José Vida Soria. Espanha: Ministério de Trabajo y Seguridad Social, 1994.

FEBRASGO, Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia. **Protocolo de Atendimento no Parto, Puerpério e Abortamento durante a Pandemia da COVID-19**. São Paulo, 27 abr. 2020. Disponível em: <https://www.febrasgo.org.br/pt/covid19/item/1028-protocolo-de-atendimento-no-parto-puerperio-e-abortamento-durante-a-pandemia-da-covid-19>. Acesso em: 15 set. 2021.

FEDERICI, Silvia. **Calibã e a Bruxa: mulheres, corpos e acumulação primitiva**. Tradução: Coletivo Sycorax. São Paulo: Elefante, 2019.

FERNANDES, Anibal. Observações Sobre a Proteção do Trabalho da Mulher. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, v. 73/1988, Maio – Jun/1988, p. 4 - 12, 1988. Disponível em: <https://revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000017f4858cf204a5db144&docguid=l6ad5f400f25611dfab6f010000000000&hitguid=l6ad5f400f25611dfab6f010000000000&spos=12&epos=12&td=1232&context=341&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 02 fev. 2022.

FINCATO, Denise; MARINS, Amanda Donadello. Gestantes e Lactantes Expostas à Insalubridade: análise sistemática das alterações no quadro justralhista. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, v. 219/2021, Set - Out/2021, p. 31 - 117, 2021. Disponível em: <https://revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000017f4858cf204a5db144&docguid=lff2a93c0023711ecb04eadee55dc27b4&hitguid=lff2a93c0023711ecb04eadee55dc27b4&spos=15&epos=15&td=1232&context=341&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 02 fev. 2022.

FRACCARO, Gláucia. **Os Direitos das Mulheres: feminismo e trabalho no Brasil (1917 – 1937)**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2018.

FREDIANI, Yone. **Licença-Maternidade à Mãe Adotante: aspectos constitucionais**. São Paulo: LTr, 2004.

GARCIA, Maria. Os Direitos Humanos da Criança e a Licença-Maternidade a Interpretação Constitucional e uma Questão de Linguagem. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, v. 79/2012, Abr – Jun/2012, p. 57-72, 2012. Disponível em:

<https://revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000017f4858cf204a5db144&docguid=le33feab0bb2011e183e700008517971a&hitguid=le33feab0bb2011e183e700008517971a&spos=5&epos=5&td=1232&context=341&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 02 fev. 2022.

GENÉ, Josep Moreno; BURILLO, Ana M<sup>a</sup>. Romero. **Maternidad y Salud Laboral: la protección de la salud laboral de la trabajadora embarazada, de parto reciente y em período de lactancia**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**. 12<sup>a</sup> ed. São Paulo: Rideel, 2021.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Salário Maternidade**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

FREITAS JÚNIOR, Antônio de. Regulamentação do Trabalho da Mulher: objetivos sociais e evolução constitucional. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 72, p. 4 – 17, mar – abr/1988. Disponível em: [https://revistadotribunais.com.br/maf/app/trail/document?crumb-action=append&docguid=l9ab7e850f25511dfab6f0100000000000&locguid=%24locGuid&src=trl&trailguid=i0ad84a510000017f4822ac9b6f827374&savedSearch=true](https://revistadotribunais.com.br/maf/app/trail/document?crumb-action=append&docguid=l9ab7e850f25511dfab6f010000000000&locguid=%24locGuid&src=trl&trailguid=i0ad84a510000017f4822ac9b6f827374&savedSearch=true). Acesso em: 01/02/2022.

HORVATH JUNIOR, Miguel; SIMONATO, Geisla Luara; LÁUA, Carolina Alves Corrêa. Benefício Previdenciário por Incapacidade Temporária e a Atuação dos Trabalhadores em Época de Pandemia. **Revista Brasileira de Direito Previdenciário**. Porto Alegre: v. 64, ago/set 2021, p. 49 – 66.

INSS, Instituto Nacional do Seguro Social. **Solicitar Auxílio-Doença da Aeronauta Gestante**. Brasília, 25 jul. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/pt->

br/servicos/solicitar-auxilio-doenca-da-aeronauta-gestante#:~:text=O%20que%20%C3%A9%3F,DF%20e%20tem%20abrang%C3%Aancia%20nacional. Acesso em: 22 nov. 2022.

MARTINEZ, Luciano; NÓVOA, Juliana. O Direito Fundamenta à Proteção à Maternidade nos Âmbitos Trabalhista e Previdenciário. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 1000/2019, p. 515 – 531, fev. de 2019. Disponível em: JÚNIOR, Antônio de Freitas Júnior. Regulamentação do Trabalho da Mulher: objetivos sociais e evolução constitucional. Acesso em 03 fev. 2022.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito de Trabalho**: relações individuais, sindicais e coletivo do trabalho. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de Direito Previdenciário**. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2015.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do trabalho. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MATEUS, Cibele Gralha. **Direitos Fundamentais Sociais e Relações Privadas**: o caso do direito à saúde na constituição brasileira de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008

MELO, Cláudia Virgínia Brito de. **Proteção à Maternidade e Licença Parental no Mundo**. Consultoria Legislativa. Câmara dos Deputados. Brasília: jul. 2019. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/arquivos-pdf/protecao-a-maternidade-e-licenca-parental-no-mundo>. Acesso em: 20 mai. 2020.

MICHAELIS. **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. Melhoramentos, 2022. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/inapto>. Acesso em 04 dez. 2022.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**: história e teoria geral do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

OIT, Organização Internacional do Trabalho. **Notas da OIT sobre Trabalho e Família: Proteção da Maternidade**. Brasília: 01 dez. 2011. Disponível em: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilvia/documents/publication/wcms\\_229653.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilvia/documents/publication/wcms_229653.pdf). Acesso em: 16 set. 2021.

OIT, Organização Internacional do Trabalho. **Recomendação 191**. Recomendação sobre a proteção da maternidade. Genebra, 15 jun. 2000. Disponível em:

[https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312529:NO](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312529:NO). Acesso em: 02 mar. 2022

OMS, Organização Mundial da Saúde. Comitê Especializado em Proteção à Maternidade. **Relatório Técnico 51**. Genebra, jun. de 1952. Disponível em: [http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/40188/WHO\\_TRS\\_51.pdf?sequence=1](http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/40188/WHO_TRS_51.pdf?sequence=1). Acesso em 22 de mar. 2022.

PANCOTTI, Luiz Gustavo. **Direito Previdenciário Difuso: ação coletiva previdenciária**. Curitiba: Juruá, 2022.

PAVAN, Verônica. **A Proteção do Mercado de Trabalho da Mulher e a Reforma Trabalhista**. São Paulo: Dialética, 2020.

PERSIANI, Mattia. **Direito da Previdência Social**. 14<sup>a</sup> ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

PUSTIGLIONE, Marcelo. Trabalhadoras Gestantes e Lactantes: impacto de agentes de risco ocupacional (ARO) no processo de gestação, no conceito e no lactente. **Revista Brasileira de Medicina do Trabalho**. São Paulo, v. 15, n. 3, p. 284 – 294, 2017. Disponível em: <http://www.rbmt.org.br/details/260/pt-BR>. Acesso em 19 fev. 2021.

QUEIROZ, Cristina. **O Princípio da Não Reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. **O Bem Estar Social e o Direito de Patentes na Seguridade Social**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

RFB, Receita Federal do Brasil. Coordenação Geral de Tributação. Solução de Consulta nº 287. [SALÁRIO-MATERNIDADE. ATIVIDADE INSALUBRE. GRAVIDEZ DE RISCO POR INSALUBRIDADE. COMPENSAÇÃO (DEDUÇÃO). POSSIBILIDADE]. **Diário Oficial da União**: seção 1, página 35, Brasília, 21 out. 2019. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=104368&visao=anotado>. Acesso em: 01 jun. 2022.

RIBEIRO, Juliana de Oliveira Xavier Ribeiro. **Salário-Maternidade à Luz da Proteção Previdenciária**. Curitiba: Juruá, 2009.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**.

Fortaleza, v.2, n. 2, 2001, p. 49 - 67. Disponível em: <https://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/29/30>. Acesso em: 20 nov. 2022.

RODRIGUES, Edgar Dener. A Previdência Social à Luz da Teoria dos Direitos Fundamentais: um direito da personalidade. **Revista de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social**. Minas Gerais: v. 1. n. 2, p. 207 – 223. Jul/Dez. 2015. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadssps/article/view/452/pdf>. Acesso em: 11 mai 2022, p. 218.

ROMÃO, Renata Maldonado Silveira. A Licença Maternidade a Partir da Alta Médica: uma conquista fundamental. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 1018/2020, Ago/2012, p. 127 - 144, 2020. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=i0ad82d9b0000017f4858cf204a5db144&docguid=lad78bd60a5bb11ea8b92a6089044b679&hitguid=lad78bd60a5bb11ea8b92a6089044b679&spos=6&epos=6&td=1232&context=341&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 02 fev. 2022.

SANTOS, Marisa Ferreira dos; LENZA, Pedro (coord.). **Direito Previdenciário Esquematizado**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva educação, 2020. E-book.

SÃO PAULO, Assembleia Legislativa do estado de. DECRETO N. 233, DE 2 DE MARÇO DE 1894. **Estabelece o Código Sanitário**. São Paulo, 02 mar. 1894. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/1894/decreto-233-02.03.1894.html>. Acesso em 28 mar. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 12ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, versão de leitura digital. Disponível em: [https://www.google.com.br/books/edition/A\\_Efic%C3%A1cia\\_dos\\_Direitos\\_Fundamentais/zERPDwAAQBAJ?hl=pt-BR&gbpv=1](https://www.google.com.br/books/edition/A_Efic%C3%A1cia_dos_Direitos_Fundamentais/zERPDwAAQBAJ?hl=pt-BR&gbpv=1). Acesso em: 03 jun. 2022

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais Na Constituição Federal de 1988**. 10ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2015.

SÁUDE, Organização Mundial da. **WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 – 11 march 2020**. Genebra, 11 mar. 2020.

Disponível em: <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>. Acesso em: 16 abr. 2020

SCHIAVI, Mauro. **Manual Didático de Direito do Trabalho**. Salvador: JusPodivm, 2021.

SILVA, Roberta Soares da; LÁUA, Carolina Alves Corrêa Láua. Critério Quantitativo da Contribuição Previdenciária Sobre a Folha de Pagamento. **Revista de Direito das Relações Sociais e Trabalhistas**. Brasília: v. 7, n. 1, jan/jun 2021, p. 105 - 118.

TRF1, Tribunal Regional Federal da Primeira Região. **Decisão em Mandado de Segurança Coletivo n. 1010661-45.2017.4.01.3400/DF**. Impetrante: Sindicato Nacional dos Aeronautas. Impetrado: Presidente do Instituto Nacional do Seguro Social. Distrito Federal, 19 out. 2018.

TRF3, Tribunal Regional Federal da Terceira Região. **Decisão em Mandado de Segurança 5003320-62.2021.4.03.6128**. Impetrante: Débora Salvetti Pezzuol. Réu: Gerente da Gerência Executiva do INSS Jundiá e outro. Jundiá, 02 jul. 2021.

TRF3, Tribunal Regional Federal da Terceira Região. **Sentença nos Autos 5006449-07.2021.4.03.6183**. Autor: Sociedade Para Excelência da Saúde e Medicina LTDA. Réu: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. São Paulo, 05 jul. 2021.

TRF4, Tribunal Regional da Quarta Região. **Acórdão em Apelação Cível nos Autos 5036796-18.2021.4.04.0000**. Recorrente: Usimed de Tubarão Cooperativa de Usuários de Assistência em Saúde. Recorridos: União – Fazenda Nacional e Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Porto Alegre: 27 out. 2022.

TRF4, Tribunal Regional Federal da Quarta Região. **Decisão em Agravo de Instrumento 5028306-07.2021.4.04.0000**. Agravante: Plansul Planejamento e Consultoria EIRELI. Agravado: União – Fazenda Nacional. Porto Alegre, 24. ago. 2021.

TRF4, Tribunal Regional Federal da Quarta Região. **Decisão em Agravo de Instrumento 5036796-18.2021.4.04.0000**. Agravante: Usimed de Tubarão Cooperativa de Usuários de Assistência em Saúde. Agravados: União – Fazenda Nacional e Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Porto Alegre, 14 set. 2021.

TRF4, Tribunal Regional Federal da Quarta Região. **Decisão em Agravo de Instrumento 5043457-13.2021.4.04.0000/RS**. Agravante: Conserva Oderich S/A.

Agravados: Instituto Nacional do Seguro Social e União – Fazenda Nacional. Porto Alegre, 25. out. 2021.

TRF4, Tribunal Regional Federal da Quarta Região. **Sentença em Ação Civil Coletiva 5014709-75.2021.4.04.7208/SC**. Autor: AUTOR: Sindicato das Indústrias de Fiação, tecelagem e Vestuário de Itajaí-SC. Réu: Instituto Nacional do Seguro Social e União – Fazenda Nacional. Itajaí, 25 abr. 2022.

UE, União Europeia. Diretiva 92/85/CEE. **Diretiva 92/85/CEE do Conselho das Comunidades Europeias**. Genebra: 1992. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31992L0085&from=EN>.

Acesso em: 01 jun. 2022.

URRUTIA, Aránzazu Fernández. **Prestaciones Económicas de Incapacidad Temporal y Maternidad**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

WEBER, Rosa. Hermenêutica Constitucional do Trabalho da gestante e Lactante em Atividades Insalubres. In: DE MORAIS, Océlio de Jesus Carneiro. (coord. e org.). **Transformações e Desafios à Efetividade dos Direitos e Garantias Fundamentais**. São Paulo: LTr, 2021. p. 19 – 34.