

# **A PROTEÇÃO À MATERNIDADE E À INFÂNCIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL E O EXERCÍCIO DE ATIVIDADE PERICULOSA POR EMPREGADAS GRÁVIDAS E/OU LACTANTES**

## **RESUMO**

Este trabalho tem por objetivo a análise da possibilidade de afastamento de empregadas gestantes ou lactantes do exercício de atividades perigosas, enquanto perdurar o estado gravídico ou a lactação, examinando o alcance do direito fundamental da proteção à maternidade, da proteção integral da criança e da proteção ao nascituro, perquirindo, ainda, acerca da cessação ou da continuidade do pagamento do adicional de periculosidade em tal hipótese.

## **INTRODUÇÃO**

A proteção à maternidade e à infância encontram-se consagradas pela Constituição da República de 1988 como um direito fundamental social, positivado no art. 6º da Lei Maior, nos termos do qual “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição<sup>1</sup>.”

O artigo 227 da Carta Maior<sup>2</sup> também assegura a proteção à vida e à saúde da criança, estabelecendo, inclusive, o dever do Estado de promover programas de assistência integral à saúde da criança.

---

<sup>1</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 9 set. 2021.

<sup>2</sup> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 9 set. 2021).

No âmbito internacional, verifica-se que a Organização Internacional do Trabalho (OIT), desde a sua instituição, mostra-se atenta e sensível às questões atinentes ao trabalho da mulher, buscando elaborar convenções e recomendações que visassem a evitar tratamentos discriminatório em razão do sexo no mercado de trabalho, bem como tratando da proteção à maternidade no âmbito laboral.

A respeito da matéria, é importante destacar a Convenção OIT nº 103<sup>3</sup>, ratificada pelo Brasil, a qual possui como objeto justamente o amparo à maternidade, trazendo orientações sobre o direito à licença maternidade e aos intervalos intrajornada para o aleitamento materno.

O presente artigo busca analisar se o direito fundamental de proteção à maternidade e à criança, no ordenamento jurídico brasileiro, possibilita o afastamento de empregadas gestantes ou lactantes do exercício de atividades perigosas, examinando se, diante de eventual afastamento, haverá a cessação ou a continuidade do pagamento do respectivo adicional de periculosidade.

Essa temática mostra-se relevante no âmbito da Advocacia Pública, em especial para os Advogados Públicos que trabalham com questões trabalhistas, seja na área da consultoria, seja na área do contencioso, buscando-se, com o presente artigo, contribuir no debate da questão.

## **CAPÍTULO 1: DA VIABILIDADE JURÍDICA DO AFASTAMENTO DA EMPREGADA GESTANTE OU LACTANTE DO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE PERIGOSA**

Primeiramente, será examinada a viabilidade jurídica de se proceder ao afastamento da empregada gestante ou lactante do exercício de atividades consideradas perigosas.

A Consolidação das Leis Trabalhistas define atividades ou operações insalubres como sendo aquelas que, “por sua natureza, condições ou métodos de trabalho,

---

<sup>3</sup> Convenção nº 103 da OIT relativa ao amparo à maternidade (revista em 1952; adotada em Genebra em 28 de junho de 1952, por ocasião da Trigésima Quinta Sessão da Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho; com reservas dos incisos b e c do parágrafo 1º do artigo VII; aprovada pelo Decreto Legislativo nº 20, de 30 de abril de 1965; entrada em vigor, para o Brasil, de conformidade com seu artigo 9º, parágrafo 3º, em 18 de junho de 1966, isto é, doze meses após a data do registro da ratificação brasileira na Repartição Internacional de Trabalho, o que se efetuou em 18 de junho de 1965; e promulgada em 14 de julho de 1966).

exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos”, nos termos do que dispõe o art. 189 da CLT<sup>4</sup>.

Por seu turno, são consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego [atual Ministério da Economia], aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado decorrente de exposição permanente do trabalhador a inflamáveis, explosivos ou energia elétrica, bem como a roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial<sup>5</sup>.

Anote-se, por oportuno, que a Lei nº 12.997/2014 incluiu o parágrafo 4º no art. 193 da Consolidação das Leis Trabalhistas para o fim de considerar também perigosa a atividade do trabalhador em motocicletas<sup>6</sup>.

O exercício de atividades laborais em ambientes onde a exposição a agentes nocivos à saúde seja superior ao limite de tolerância fixado pelas normas regulamentares competentes enseja, consoante inteligência do art. 192 da CLT<sup>7</sup>, a percepção de adicional nos patamares de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento), segundo se classifiquem, respectivamente, nos graus máximo, médio e mínimo de insalubridade.

Já o exercício dos misteres laborais em condições de periculosidade assegura ao empregado a percepção de um adicional correspondente a 30% (trinta por cento) do seu salário, sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações

---

<sup>4</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452 de 01 de maio de 1943. **Consolidação das Leis Trabalhistas**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 10 set. 2021.

<sup>5</sup> Art. 193. São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a: I - inflamáveis, explosivos ou energia elétrica; II - roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial. (BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452 de 01 de maio de 1943. **Consolidação das Leis Trabalhistas**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 10 set. 2021).

<sup>6</sup> Art. 193, §4º. São também consideradas perigosas as atividades de trabalhador em motocicleta. (BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 9 agosto de 1943. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 10 set. 2021).

<sup>7</sup> Art. 192 - O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário-mínimo da região, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo. (BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452 de 01 de maio de 1943. **Consolidação das Leis Trabalhistas**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 10 set. 2021).

nos lucros da empresa, em conformidade com o que estabelece o §1º do art. 193 da Consolidação das Leis Trabalhistas<sup>8</sup>.

Em alguns casos, o trabalho pode ser exercido em ambiente, concomitantemente, insalubre e perigoso, já que insalubridade e periculosidade configuram institutos jurídicos diferentes, com conceituações diversas e regramentos também próprios.

Na hipótese de o trabalho ser exercido em ambiente, simultaneamente, insalubre e perigoso, o obreiro deverá optar pela percepção de um dos respectivos adicionais, não podendo cumular ambos, nos termos do que preconiza o §2º do art. 193 da CLT<sup>9</sup>.

No que tange à insalubridade, tem-se que a Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT – previu, em seu art. 394-A<sup>10</sup>, o afastamento da obreira gestante de atividades consideradas insalubres em grau máximo, independentemente de atestado médico; em graus médio e mínimo, mediante a apresentação de atestado de saúde; e, de atividades insalubres, em qualquer grau, no caso de lactantes.

A referida regra foi acrescentada à Consolidação das Leis Trabalhistas por meio da Lei nº 13.467/2017, tendo os incisos II e III do aludido art. 394-A tido sua constitucionalidade questionada por meio de ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos.

O Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ADI 5938<sup>11</sup> para declarar a inconstitucionalidade da expressão “quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento”, contida nos incisos II

---

<sup>8</sup> Art. 193, § 1º - O trabalho em condições de periculosidade assegura ao empregado um adicional de 30% (trinta por cento) sobre o salário sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa. (BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452 de 01 de maio de 1943. **Consolidação das Leis Trabalhistas**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 10 set. 2021).

<sup>9</sup> Art. 193, § 2º - O empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido. (BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452 de 01 de maio de 1943. **Consolidação das Leis Trabalhistas**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 10 set. 2021).

<sup>10</sup> Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de: I - atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação; II - atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação; (Vide ADIN 5938) III - atividades consideradas insalubres em qualquer grau, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação. (Vide ADIN 5938). (BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452 de 01 de maio de 1943. **Consolidação das Leis Trabalhistas**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 10 set. 2021).

<sup>11</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 5938. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos. Requerido: Presidente da República, Congresso Nacional. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. DJ 23.09.2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADI&documento=&s1=5938&numProcesso=5938>>. Acesso em: 10 set. 2021.

e III do art. 394-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), inseridos pelo art. 1º da Lei 13.467/2017.

O reconhecimento da inconstitucionalidade se assentou, dentre outros fundamentos, na proteção à maternidade, à criança e ao nascituro como um direito fundamental social, irrenunciável e indisponível, consagrado pela Constituição da República de 1988, de modo que o afastamento da gestante e da lactante do exercício de suas atividades laborais em ambientes insalubres seria imperativo, como forma de assegurar a sua saúde e o bem-estar da criança.

Assim, o art. 394-A da Consolidação das Leis do Trabalho<sup>12</sup>, à luz da interpretação que lhe foi conferida pelo Pretório Excelso, a quem foi atribuída a função de intérprete máximo da Constituição da República, passou a estabelecer o entendimento segundo o qual a proteção constitucional à maternidade, ao nascituro e o princípio da proteção integral da criança impõem o afastamento de obreiras gestantes e lactantes de ambientes insalubres, independentemente da apresentação de atestado médico por parte da empregada, ante a indisponibilidade do direito a que tal norma almeja salvaguardar.

No que tange ao afastamento da gestante e da lactante de atividades perigosas, tem-se que não há regramento expresso a respeito da matéria, no âmbito da Consolidação das Leis Trabalhistas, ao contrário do que ocorre com a insalubridade. Anote-se, ainda, por oportuno, que o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, na ADI 5938<sup>13</sup>, tem como objeto o afastamento de gestantes e de lactantes de atividades insalubres, não apreciando a questão do afastamento de empregadas grávidas e/ou lactantes de atividades tidas como perigosas.

O ordenamento jurídico, contudo, à luz da teoria dogmática do Direito, deve ser visto como um sistema completo, que não possui lacunas, não podendo o operador do Direito deixar de apreciar um dado caso concreto, alegando lacuna da lei. Trata-se da conhecida vedação ao “non liquet”.

---

<sup>12</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452 de 01 de maio de 1943. **Consolidação das Leis Trabalhistas**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 10 set. 2021.

<sup>13</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 5938. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos. Requerido: Presidente da República, Congresso Nacional. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. DJ 23.09.2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADI&documento=&s1=5938&numProcesso=5938>>. Acesso em: 10 set. 2021.

Dessa forma, é possível haver lacuna na lei ou na norma, mas não no ordenamento jurídico como um todo, o qual prevê formas de integração de lacunas normativas, a fim de supera-las e encontrar a solução da situação concreta posta em análise.

O ordenamento jurídico brasileiro prevê os instrumentos aptos a colmatar eventuais lacunas normativas com que o operador do Direito se depare. Tem-se, portanto, que o Brasil adotou o denominado procedimento auto-integrador, a que se refere Norberto Bobbio<sup>14</sup>, usando terminologia de Francesco Carnelutti, o qual se caracteriza pelo fato de o próprio sistema jurídico prever as formas de sua integração. Por essa razão, alguns doutrinadores defendem que, nesses casos, não se está diante de lacunas propriamente ditas, mas sim de pseudo lacunas, já que o próprio ordenamento jurídico estabelece os instrumentos de colmatação destas.

Com efeito, o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro<sup>15</sup> preconiza que, quando a lei for omissa, deve-se recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do Direito.

A analogia, segundo as lições de Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>16</sup>, é o instrumento por meio do qual “uma norma, estabelecida com e para determinada ‘facti species’, é aplicável à conduta para a qual não há norma, havendo entre ambos os supostos fáticos uma semelhança”.

No caso in examine, não há regra, no ordenamento jurídico brasileiro, disciplinando a continuidade do trabalho da obreira gestante ou lactante em ambientes perigosos, da mesma forma que não há regra expressa determinando o seu afastamento de tais atividades durante a gravidez ou a lactação.

Assim, diante da lacuna de regra específica para regulamentar a situação posta em análise, possível se recorrer à analogia, a fim de que se determine o afastamento da obreira lactante ou gestante do exercício de atividade perigosa, enquanto perdurar o estado gravídico e a lactação, na medida em que a proteção à maternidade, à criança

---

<sup>14</sup> BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 10. ed. Brasília: Ed. UnB, 1999.

<sup>15</sup> Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. (BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm)>. Acesso em: 10 set. 2021).

<sup>16</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação/Tercio Sampaio Ferraz Junior. – 4. ed. – São Paulo: Atlas, 2003.

e ao nascituro é um direito fundamental social, irrenunciável e indisponível, consagrado pela Constituição da República de 1988.

Assim, dada a similitude entre os suportes fáticos, quais sejam, empregadas gestantes e lactantes expostas a riscos à sua saúde em seu ambiente de trabalho, razoável que incida, quanto ao afastamento, a mesma regra de proteção à maternidade, à criança e ao nascituro, determinada no julgamento da ADI 5938<sup>17</sup>, ante a irrenunciabilidade de tal direito fundamental.

Nesse diapasão, a obreira grávida ou lactante deve ser afastada do ambiente de trabalho, caracterizado pelas normas regulamentares competentes, como perigoso.

## **CAPÍTULO 2: DA CESSAÇÃO DO PAGAMENTO DO ADICIONAL DE PERICULOSIDADE DURANTE O AFASTAMENTO EM RAZÃO DA GRAVIDEZ OU LACTAÇÃO**

No que concerne ao direito à continuidade da percepção do adicional de periculosidade, não obstante o afastamento, verifica-se que a situação encontra-se regulamentada pela legislação pátria, não havendo que se falar em lacuna em tal hipótese.

Com efeito, o art. 194 da Consolidação das Leis Trabalhistas<sup>18</sup> estabelece que “o direito do empregado ao adicional de insalubridade ou de periculosidade cessará com a eliminação do risco à sua saúde ou integridade física”.

Na mesma linha de raciocínio, o inciso II da Súmula 132 do Tribunal Superior do Trabalho<sup>19</sup> preconiza que, “durante as horas de sobreaviso, o empregado não se encontra em condições de risco, razão pela qual é incabível a integração do adicional de periculosidade sobre as mencionadas horas.”

---

<sup>17</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 5938. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos. Requerido: Presidente da República, Congresso Nacional. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. DJ 23.09.2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADI&documento=&s1=5938&numProcesso=5938>>. Acesso em: 10 set. 2021.

<sup>18</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452 de 01 de maio de 1943. **Consolidação das Leis Trabalhistas**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 10 set. 2021).

<sup>19</sup> 2005. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 132.

Anote-se, outrossim, que o Tribunal Superior do Trabalho – TST –, em recente julgamento (Recurso de Revista RR nº 1166-32.2016.5.10.0801), publicado em 11/06/2021, entendeu pela “impossibilidade de manutenção do pagamento do adicional de periculosidade à empregada frentista que, em razão de seu estado gravídico, foi afastada de suas funções originais, passando a exercer função administrativa. O adicional de periculosidade ostenta a natureza de salário-condição, de modo que, afastadas as condições que lhe deram ensejo, não é mais devido o pagamento de tal parcela. A interpretação sistemática da CLT nos revela que o adicional de periculosidade não se encontra abrangido na expressão "demais direitos", presente em seu art. 392, § 4º, I, da CLT<sup>20</sup>.”

Assim, a empregada gestante e lactante deve ser afastada do exercício de atividades perigosas, enquanto perdurar a gravidez ou a lactação, haja vista que a proteção à maternidade, bem como o imperativo da integral proteção à criança e ao nascituro constituem direitos fundamentais sociais indisponíveis. No que concerne ao pagamento do adicional de periculosidade, contudo, por se tratar de salário-condição, ou seja, de vantagem que apenas deve ser paga enquanto perdurar a condição de perigo que lhe deu ensejo, cessada a situação de exposição ao perigo, em razão do afastamento da obreira, deixa esta de fazer “jus” à percepção do aludido adicional.

Esse entendimento encontra-se em consonância com o disposto no art. 194 da Consolidação das Leis Trabalhistas<sup>21</sup>, bem como com o que preconiza o inciso II do enunciado da Súmula nº 132 do Tribunal Superior do Trabalho<sup>22</sup>, estando, ainda, em conformidade com o que decidido pelo TST no recente julgamento do Recurso de Revista RR nº 1166-32.2016.5.10.0801<sup>23</sup>.

Para arrematar, cabe analisar a hipótese de obreira que labore em ambiente de trabalho caracterizado, concomitantemente, como insalubre e perigoso, tendo a

---

<sup>20</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista RR nº 1166-32.2016.5.10.0801. Relator: Marcelo Lamego Pertence. DJ: 09/06/2021. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=1166&digitoTst=32&anoTst=2016&orgaoTst=5&tribunalTst=10&varaTst=0801&submit=Consultar>>. Acesso em: 20 set. 2021.

<sup>21</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452 de 01 de maio de 1943. **Consolidação das Leis Trabalhistas**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 10 set. 2021).

<sup>22</sup> 2005. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 132.

<sup>23</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista RR nº 1166-32.2016.5.10.0801. Relator: Marcelo Lamego Pertence. DJ: 09/06/2021. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=1166&digitoTst=32&anoTst=2016&orgaoTst=5&tribunalTst=10&varaTst=0801&submit=Consultar>>. Acesso em: 20 set. 2021.

empregada optado pela percepção do adicional de periculosidade, ao invés do pagamento do adicional de insalubridade.

Neste caso, tendo em vista a vedação de percepção cumulada dos referidos adicionais, não poderia a obreira que faria jus ao adicional de insalubridade, mas que optou pela percepção do adicional de periculosidade, ser prejudicada, deixando de perceber quaisquer dos referidos adicionais.

Destarte, na hipótese de obreira que faria “jus” à percepção de adicional de insalubridade, mas optou pelo recebimento do adicional de periculosidade, tendo sido afastada do ambiente insalubre e perigoso, em razão da gravidez ou da lactação, ser-lhe-á aplicada a regra expressa consubstanciada no art. 394-A<sup>24</sup> da Consolidação das Leis Trabalhistas, de modo que a empregada fará “jus” à percepção do adicional de insalubridade a que teria direito, haja vista que não estaria, em tal hipótese, percebendo os referidos adicionais de forma cumulativa.

## PROPOSIÇÃO

A inserção da mulher no mercado de trabalho requer a formulação de políticas públicas que busquem assegurar tratamento digno e não discriminatório às obreiras do sexo feminino, especialmente no que diz respeito à maternidade e às questões a ela correlatas.

Essa preocupação não passou despercebida pela Organização Internacional do Trabalho, que, desde a sua instituição, elaborou diversas convenções e recomendações tratando da proteção à maternidade no âmbito laboral, a exemplo da Convenção OIT nº 103<sup>25</sup>, tendo a Constituição da República de 1988 e a Consolidação das Leis

---

<sup>24</sup> Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de: I - atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação; II - atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação; (Vide ADIN 5938) III - atividades consideradas insalubres em qualquer grau, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação. (Vide ADIN 5938). (BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452 de 01 de maio de 1943. **Consolidação das Leis Trabalhistas**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 10 set. 2021).

<sup>25</sup> Convenção nº 103 da OIT relativa ao amparo à maternidade (revista em 1952; adotada em Genebra em 28 de junho de 1952, por ocasião da Trigésima Quinta Sessão da Conferência Geral da Organização Internacional do

Trabalhistas também estabelecido normas que tratam da proteção à maternidade no âmbito laboral.

O presente artigo buscou analisar questão que se mostra de interesse da Advocacia Pública, sendo de especial relevância para os Advogados Públicos que laborem, seja no âmbito do contencioso, seja no âmbito da consultoria, com questões trabalhistas.

Buscou-se, no presente estudo, examinar a possibilidade de afastamento de empregadas gestantes ou lactantes do exercício de atividades perigosas, diante do direito fundamental de proteção à maternidade e da proteção integral à criança, analisando se, em tais casos, seria ou não devido o pagamento do adicional de periculosidade.

O presente artigo propõe que:

- 1) a proteção à maternidade, à criança e ao nascituro é um direito fundamental social, irrenunciável e indisponível, consagrado pela Constituição da República de 1988, de modo que é juridicamente viável o afastamento da gestante e da lactante do exercício de suas atividades laborais em ambientes perigosos, como forma de assegurar a saúde, a integridade física, a vida e o bem-estar da obreira e da criança;
- 2) em se tratando de atividade caracterizada apenas como perigosa, e não insalubre, nos termos das normas regulamentadoras competentes, deverá ser cessado o pagamento do respectivo adicional de periculosidade, enquanto perdurar o afastamento da condição de exposição à atividade de perigo;
- 3) em se tratando de empregada que labore em ambiente concomitantemente caracterizado como insalubre e perigoso e que tenha optado pelo recebimento do adicional de periculosidade, ante a vedação de cumulação dos adicionais de periculosidade e de insalubridade, deverá a obreira ser afastada do exercício de suas atividades em condições insalubres e perigosas, sendo razoável entender que, em tal caso, ser-lhe-á devido o

---

Trabalho; com reservas dos incisos b e c do parágrafo 1º do artigo VII; aprovada pelo Decreto Legislativo nº 20, de 30 de abril de 1965; entrada em vigor, para o Brasil, de conformidade com seu artigo 9º, parágrafo 3º, em 18 de junho de 1966, isto é, doze meses após a data do registro da ratificação brasileira na Repartição Internacional de Trabalho, o que se efetuou em 18 de junho de 1965; e promulgada em 14 de julho de 1966).

pagamento do respectivo adicional de insalubridade, nos termos do que dispõe o art. 394-A<sup>26</sup>, em substituição ao adicional de periculosidade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 10. ed. Brasília: Ed. UnB, 1999.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 9 setembro de 1942. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)>. Acesso em: 05 de mar. 2015.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452 de 01 de maio de 1943. Consolidação das Leis Trabalhistas. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 9 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 5938. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos. Requerido: Presidente da República, Congresso Nacional. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. DJ 23.09.2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADI&documento=&s1=5938&numProcesso=5938>>. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista RR nº 1166-32.2016.5.10.0801. Relator: Marcelo Lamego Pertence. DJ: 09/06/202. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=1166&digitoTst=32&anoTst=2016&orgaoTst=5&tribunalTst=10&varaTst=0801&submit=Consultar>>. Acesso em: 20 set. 2021.

---

<sup>26</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452 de 01 de maio de 1943. **Consolidação das Leis Trabalhistas**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 10 set. 2021.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado* – 11. ed. ver., aum. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002. – São Paulo: Saraiva, 2005.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*/Tercio Sampaio Ferraz Junior. – 4. ed. – São Paulo: Atlas, 2003.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. ajustada ao novo código civil. – São Paulo: Saraiva, 2002.