

A Tutela Legal de Proteção à Trabalhadora Gestante e os Riscos Ocupacionais: A Incapacidade Laboral Total e Temporária e a Obrigatoriedade do Encaminhamento ao INSS

João Paulo Devito dos Santos

Resumo

O presente artigo analisa a tutela jurídica da trabalhadora gestante frente aos riscos ocupacionais, com enfoque na impossibilidade de permanência em ambiente insalubre e suas consequências para a relação de emprego e para o sistema previdenciário. Defende-se a tese de que a gestante, quando impossibilitada de exercer sua atividade habitual em razão da vedação legal ao trabalho insalubre e da inexistência de função salubre para realocação, deve ser considerada em estado de incapacidade laboral total e temporária, sendo mandatário o seu encaminhamento ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) após o 15º dia de afastamento. Argumenta-se que a recusa da autarquia previdenciária em conceder o benefício viola a finalidade protetiva da norma constitucional e infraconstitucional, onerando indevidamente o empregador e colocando em risco a saúde da mãe e do nascituro.

Palavras-chave: Gestante. Insalubridade. Incapacidade laboral. Auxílio-doença. INSS. Proteção à maternidade. ADI 5938.

1. Introdução

A proteção à maternidade e ao nascituro constitui um dos pilares fundamentais do Estado Democrático de Direito, encontrando amparo pujante na Constituição Federal de 1988 e em tratados internacionais ratificados pelo Brasil. No âmbito das relações de trabalho, essa tutela ganha contornos específicos e, por vezes, extremamente complexos, especialmente quando confrontada com a realidade dos ambientes laborais insalubres, nos quais a exposição a agentes nocivos acima do limite de tolerância representa risco concreto à saúde da gestante e ao desenvolvimento do feto.

A questão que se impõe ao operador do Direito é a seguinte: diante da vedação legal absoluta ao trabalho da gestante em ambiente insalubre, confirmada pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 5938, e da impossibilidade de realocação em função salubre, qual é o enquadramento jurídico adequado para a situação dessa trabalhadora? Deve ela ser considerada em incapacidade laboral total e temporária? O empregador deve arcar com o custo integral do afastamento, ou

é mandatário o encaminhamento ao INSS? E se a autarquia previdenciária negar o benefício, como conduzir tal indeferimento?

O presente artigo propõe uma análise aprofundada dessas questões, fundamentando a tese de que o encaminhamento ao INSS é não apenas legítimo, mas obrigatório, e que a autarquia previdenciária deve reconhecer a incapacidade laboral da gestante para fins de concessão do benefício por incapacidade temporária.

2. O Arcabouço Constitucional e Internacional de Proteção à Gestante

A Constituição Federal de 1988 consagra a proteção à maternidade como direito social fundamental em seu artigo 6º, inserindo-a no rol de garantias que compõem o mínimo existencial do cidadão brasileiro. Essa proteção é reforçada pelo artigo 7º, inciso XVIII, que assegura a licença à gestante sem prejuízo do emprego e do salário, e pelo inciso XX do mesmo dispositivo, que determina a proteção do mercado de trabalho da mulher mediante incentivos específicos [1]. No campo previdenciário, o artigo 201, inciso II, da Carta Magna estabelece que a previdência social atenderá, entre outros objetivos, a "proteção à maternidade, especialmente à gestante" [1].

O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), em seu artigo 10, inciso II, alínea "b", garante a estabilidade provisória da empregada gestante desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, vedando a dispensa arbitrária ou sem justa causa [2]. Essa estabilidade, conforme consolidado pela Súmula 244 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), independe do conhecimento do empregador acerca do estado gravídico e alcança inclusive os contratos por prazo determinado.

No plano internacional, a Convenção nº 183 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), sobre a Proteção da Maternidade, reconhece pela primeira vez, em nível internacional, o direito à proteção da saúde da gestante ou lactante, impondo aos países-membros a adoção de medidas para que estas não sejam obrigadas a exercer trabalhos que possam ser prejudiciais à sua saúde ou à do nascituro [3]. Embora o Brasil não tenha ratificado formalmente esta Convenção, seus princípios norteadores são incorporados ao ordenamento jurídico interno por meio da interpretação sistemática dos direitos fundamentais e do princípio *pro homine*.

O princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República (art. 1º, III, CF), impõe que a proteção à gestante não seja tratada como mera formalidade legislativa, mas como garantia efetiva de que nenhuma mulher será compelida a escolher entre o emprego e a segurança de sua gestação.

Conforme destacou o Ministro Alexandre de Moraes no julgamento da ADI 5938: "Quem de nós gostaria que nossas filhas, irmãs, netas, grávidas ou lactantes, continuassem a trabalhar em ambientes insalubres?" [4].

3. A Evolução Legislativa: Da Lei nº 13.287/2016 à ADI 5938

A proteção da gestante frente à insalubridade passou por significativas transformações legislativas nos últimos anos. A Lei nº 13.287/2016 havia acrescentado o artigo 394-A à CLT, estabelecendo a proibição absoluta do trabalho de gestantes e lactantes em quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, independentemente do grau de insalubridade. Tratava-se de uma norma de proteção integral, que não admitia exceções.

Contudo, a Reforma Trabalhista, instituída pela Lei nº 13.467/2017, alterou substancialmente esse dispositivo. A nova redação do artigo 394-A passou a prever que a gestante seria afastada automaticamente apenas de atividades insalubres em grau máximo, enquanto que, para os graus médio e mínimo, o afastamento ficava condicionado à apresentação de atestado médico emitido por profissional de confiança da mulher. Essa alteração representou um retrocesso na proteção à maternidade, invertendo a lógica protetiva ao transferir para a gestante o ônus de "autorizar" seu próprio afastamento.

A reação do ordenamento jurídico foi contundente. A Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5938, e o Supremo Tribunal Federal, em julgamento realizado em 29 de maio de 2019, declarou inconstitucionais os incisos II e III do artigo 394-A da CLT, na redação dada pela Reforma Trabalhista, por 10 votos a 1 [4]. A Corte restaurou a proteção integral, determinando que a gestante deve ser afastada de **qualquer atividade insalubre**, independentemente do grau, enquanto durar a gestação, sem necessidade de apresentação de atestado médico.

Após a decisão do STF, a redação vigente do artigo 394-A da CLT deve ser interpretada nos seguintes termos:

Dispositivo	Conteúdo Normativo Vigente
Art. 394-A, <i>caput</i>	A empregada gestante será afastada de quaisquer atividades insalubres, sem prejuízo de sua remuneração, incluído o adicional de insalubridade
Art. 394-A, §2º	Cabe à empresa pagar o adicional de insalubridade, efetivando-se a compensação por ocasião do recolhimento das contribuições (art. 248, CF)
Art. 394-A, §3º	Quando não for possível a realocação em local salubre, a hipótese será considerada como gravidez de risco, ensejando a percepção de salário-maternidade durante todo o período de afastamento

4. A Gestante Deve Ser Considerada em Incapacidade Laboral Total e Temporária?

Esta é a questão nuclear do presente estudo. A resposta, conforme se demonstrará, é afirmativa.

4.1. O Conceito de Incapacidade para a Atividade Habitual

O artigo 59 da Lei nº 8.213/1991 estabelece que o auxílio-doença (atualmente denominado "auxílio por incapacidade temporária") será devido ao segurado que ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 dias consecutivos [5]. A norma não exige que o segurado esteja impedido de exercer qualquer atividade humana, mas sim a atividade que habitualmente exerce.

Conforme leciona a jurisprudência, a atividade habitual é aquela para a qual a pessoa está qualificada, sem necessidade de habilitação adicional. Se uma trabalhadora sempre exerceu atividades em ambiente hospitalar (insalubre) e está gestante, o fato de não estar incapacitada para exercer atividades administrativas não impede a configuração da incapacidade, na medida em que esse tipo de atividade não é a sua atividade habitual, e para tanto necessitaria de qualificação e de vaga que o empregador pode não dispor.

4.2. A Incapacidade Jurídico-Ambiental

Embora a gravidez não seja uma doença no sentido clínico estrito, ela gera um **impedimento legal absoluto** para o exercício da atividade habitual insalubre. A vedação decorre de norma de ordem pública, confirmada pelo STF, e não admite exceção, negociação coletiva ou renúncia individual. A trabalhadora gestante, portanto, está tão impedida de exercer sua função quanto um trabalhador acometido por doença incapacitante.

A incapacidade, neste caso, possui natureza **jurídico-ambiental**: não decorre de uma patologia da trabalhadora, mas da conjugação entre sua condição fisiológica (gestação) e as características nocivas do ambiente de trabalho (insalubridade). Essa conjugação produz uma impossibilidade legal de prestação de serviços que se equipara, em seus efeitos práticos, à incapacidade laborativa clássica.

4.3. Temporariedade e Totalidade

A **temporariedade** é evidente: a condição perdura apenas durante a gestação (e, eventualmente, durante a lactação, se aplicável). Trata-se de uma incapacidade com termo certo ou, ao menos, previsível, o que a distingue da incapacidade permanente que ensejaria aposentadoria por invalidez.

A **totalidade** também se configura de forma inequívoca. A trabalhadora não pode exercer nenhuma de suas funções no ambiente insalubre, e a impossibilidade de realocação em função salubre torna a incapacidade total para os fins da relação de emprego. Não se trata de incapacidade parcial, na qual o trabalhador poderia exercer parte de suas atribuições; trata-se de impedimento absoluto e integral.

5. A Responsabilidade do Empregador: Limites Legais e a Questão da Gestação como Condição Alheia ao Controle Patronal

5.1. A Gestação como Decisão Unilateral da Vida Conjugal

A decisão de engravidar é um ato inerente à vida privada e conjugal da trabalhadora, constituindo expressão de sua autonomia reprodutiva, direito fundamental protegido pela Constituição. Trata-se de uma condição **alheia ao controle ambiental** do empregador e às condições intrínsecas do trabalho por ele geridas. O empregador não tem ingerência sobre as decisões reprodutivas

de suas empregadas, assim como não pode impedir ou condicionar a gravidez ao exercício do contrato de trabalho.

Essa constatação é relevante porque evidencia que o empregador não deu causa à situação de impedimento laboral. A insalubridade do ambiente de trabalho é uma condição preexistente e inerente à atividade econômica, enquanto a gestação é uma superveniência de natureza pessoal. A conjugação de ambas as circunstâncias gera a impossibilidade de prestação de serviços, mas nenhuma delas, isoladamente, seria suficiente para tanto.

5.2. O Limite Legal de 15 Dias

A legislação previdenciária estabelece um limite claro e objetivo para a responsabilidade patronal em casos de incapacidade laborativa. O artigo 60, §3º, da Lei nº 8.213/1991 determina que, durante os primeiros 15 dias consecutivos de afastamento da atividade por motivo de doença, incumbe à empresa pagar ao segurado empregado o seu salário integral [6]. A partir do 16º dia, a responsabilidade pelo pagamento transfere-se ao INSS, mediante concessão do benefício por incapacidade temporária.

Esse limite não é arbitrário; ele reflete a repartição constitucional de competências entre a iniciativa privada e a Seguridade Social. O empregador contribui mensalmente para o sistema previdenciário justamente para que este assumira os riscos sociais que excedem a capacidade individual de cada empresa.

5.3. A Violação do Limite Legal pelo Afastamento Prolongado sem Cobertura Previdenciária

Exigir que o empregador arque com a remuneração integral da gestante durante todos os meses de afastamento (que pode perdurar por toda a gestação, ou seja, até nove meses) **viola frontalmente o limite legal de 15 dias** estabelecido para a responsabilidade patronal em casos de incapacidade. Essa transferência de ônus para a iniciativa privada configura verdadeira distorção do sistema de proteção social, pois:

Primeiro, onera desproporcionalmente o empregador, especialmente as micro e pequenas empresas, que podem não ter condições financeiras de manter o pagamento de salários sem a correspondente prestação de serviços por

período tão prolongado. Segundo, desestimula a contratação de mulheres em idade fértil para funções insalubres, gerando efeito discriminatório contrário ao espírito da própria norma protetiva. Terceiro, esvazia a finalidade do sistema previdenciário, que existe precisamente para cobrir situações de incapacidade laboral que excedam a capacidade de absorção do empregador.

6. O Encaminhamento ao INSS: Obrigatoriedade e Fundamentação

6.1. O Papel da Medicina do Trabalho

O médico do trabalho, ao constatar que a empregada gestante exerce atividade em ambiente insalubre e que não há possibilidade de realocação em função salubre, deve atestar a incapacidade laboral total e temporária da trabalhadora para sua atividade habitual. Esse atestado deve fundamentar-se não apenas na condição clínica da gestante, mas na vedação legal ao exercício da atividade, conforme o artigo 394-A da CLT e a decisão do STF na ADI 5938.

O Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (PCMSO), o Programa de Gerenciamento de Riscos (PGR) e o Laudo Técnico das Condições Ambientais do Trabalho (LTCAT) são instrumentos que devem subsidiar essa avaliação, documentando a insalubridade do ambiente e a impossibilidade de eliminação dos riscos durante o período gestacional.

6.2. O Procedimento de Encaminhamento

Após o 15º dia de afastamento, o empregador deve encaminhar a gestante ao INSS para requerimento do benefício por incapacidade temporária (auxílio-doença), munida da seguinte documentação: atestado do médico do trabalho declarando a incapacidade para a atividade habitual; laudo de insalubridade do ambiente de trabalho; comprovação da impossibilidade de realocação em função salubre; e atestado de gestação.

6.3. O Dever do INSS de Acatar a Motivação Legal

O INSS, como autarquia previdenciária vinculada ao cumprimento da Constituição e das leis, deve compreender que a incapacidade da gestante para sua atividade habitual insalubre não é uma questão de saúde clínica, mas de **impedimento legal**. O próprio §3º do artigo 394-A da CLT equipara essa

situação à "gravidez de risco", determinando a percepção de salário-maternidade durante todo o período de afastamento [7].

A perícia médica do INSS não pode limitar-se a verificar a existência de patologia classificável no Código Internacional de Doenças (CID). Deve, sim, avaliar a capacidade laborativa da segurada em face de sua atividade habitual, considerando todos os fatores que a impedem de exercê-la, inclusive os de natureza legal e ambiental. A Solução de Consulta COSIT nº 287/2019 da Receita Federal já reconheceu a legitimidade dessa equiparação, permitindo a dedução integral do salário-maternidade pago pelo empregador durante todo o período de afastamento da gestante de local insalubre [8].

7. O Indeferimento pelo INSS: Vias de Impugnação

Caso o INSS negue a concessão do benefício, a trabalhadora e o empregador dispõem de instrumentos jurídicos para reverter essa decisão.

7.1. Recurso Administrativo

O primeiro caminho é a interposição de recurso ordinário à Junta de Recursos do Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS), no prazo de 30 dias contados da ciência da decisão. O recurso deve ser instruído com toda a documentação que comprove a insalubridade do ambiente, a impossibilidade de realocação e a vedação legal ao trabalho da gestante naquelas condições.

7.2. Ação Judicial com Tutela de Urgência

Na esfera judicial, é cabível o ajuizamento de ação previdenciária perante os Juizados Especiais Federais ou a Justiça Federal, com pedido de tutela de urgência antecipada (art. 300 do CPC). A probabilidade do direito é demonstrada pela vedação constitucional e legal ao trabalho da gestante em ambiente insalubre (ADI 5938 e art. 394-A da CLT), e o perigo de dano decorre da natureza alimentar do benefício e da impossibilidade de a trabalhadora prover seu sustento durante o período de afastamento.

7.3. Mandado de Segurança

O mandado de segurança é cabível quando houver violação de direito líquido e certo, comprovável de plano por documentação pré-constituída (laudo de insalubridade, atestado de gestação, comprovante de indeferimento pelo INSS), sem necessidade de dilação probatória complexa. A vantagem dessa via é a celeridade processual e a possibilidade de obtenção de liminar.

7.4. Precedentes Jurisprudenciais

A jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais tem se consolidado no sentido de proteger a gestante. O TRF da 4ª Região, por exemplo, condenou o INSS ao pagamento de R\$ 80 mil em danos morais por negar auxílio-doença a empregada doméstica com gestação de risco, cujo bebê nasceu prematuramente e faleceu em decorrência da falta de repouso adequado [9]. O TRF da 1ª Região também firmou entendimento de que o INSS deve conceder auxílio-doença à mulher com gestação de alto risco sem exigir comprovação de carência, reconhecendo a natureza excepcional da situação.

8. A Natureza do Benefício: Auxílio-Doença ou Salário-Maternidade Antecipado?

Há uma discussão doutrinária relevante sobre a natureza do benefício devido à gestante afastada por impossibilidade de trabalho em ambiente insalubre. O §3º do artigo 394-A da CLT utiliza a expressão "salário-maternidade", enquanto a situação fática se aproxima mais do conceito de auxílio por incapacidade temporária (auxílio-doença).

Benefício	Natureza	Fundamento	Aplicabilidade
Salário-maternidade (art. 394-A, §3º)	Proteção à maternidade	CLT, art. 394-A, §3º	Quando a CLT equipara a situação à "gravidez de risco"

Auxílio por incapacidade temporária	Proteção contra incapacidade	Lei 8.213/91, art. 59	Quando há incapacidade para a atividade habitual por mais de 15 dias
-------------------------------------	------------------------------	-----------------------	--

Independentemente da nomenclatura adotada, o que importa é que a responsabilidade pelo custeio do afastamento, após os primeiros 15 dias, recai sobre o sistema previdenciário, e não sobre o empregador. A interpretação teleológica das normas envolvidas conduz à conclusão de que o INSS deve assumir o pagamento, seja a título de salário-maternidade antecipado (conforme o §3º do art. 394-A), seja a título de auxílio por incapacidade temporária (conforme o art. 59 da Lei 8.213/91).

9. Conclusão

A proteção à gestação é um imperativo constitucional que transcende a mera relação de emprego, inserindo-se no campo da saúde pública, da dignidade da pessoa humana e da proteção ao nascituro. A trabalhadora gestante que labora em ambiente insalubre e não pode ser realocada em função salubre encontra-se, inegavelmente, em situação de **incapacidade laboral total e temporária** para sua atividade habitual. Essa incapacidade, embora não decorra de patologia clínica, resulta de impedimento legal absoluto, confirmado pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 5938, que veda o exercício de qualquer atividade insalubre durante a gestação.

O empregador, cuja responsabilidade financeira é legalmente limitada aos primeiros 15 dias de afastamento (art. 60, §3º, Lei 8.213/91), deve, por intermédio da medicina do trabalho, atestar a incapacidade da gestante e encaminhá-la ao INSS. Exigir que o empregador arque com a remuneração integral durante todo o período gestacional viola o limite legal estabelecido para casos de incapacidade e transfere para a iniciativa privada um ônus que é, por natureza constitucional, da Seguridade Social. Ademais, a gestação é uma decisão unilateral e inerente à vida conjugal da trabalhadora, condição alheia ao controle ambiental do empregador, o que reforça a inadequação de se impor ao patronato o custeio integral e prolongado do afastamento.

O INSS, como autarquia previdenciária responsável pela proteção social dos segurados, **deve acatar a motivação legal** para a concessão do benefício. A incapacidade da gestante para sua atividade habitual insalubre é real, documentável e legalmente fundamentada. A recusa em conceder o benefício não apenas onera indevidamente o empregador, mas coloca em risco a saúde da mãe e do nascituro, esvaziando a eficácia da decisão do STF e da própria norma celetista. Em caso de indeferimento, as vias administrativa e judicial estão disponíveis para a reversão da decisão, com precedentes favoráveis nos Tribunais Regionais Federais.

Portanto, conclui-se que é **mandatório o encaminhamento da gestante ao INSS após o 15º dia de afastamento**, e que a autarquia previdenciária deve reconhecer que a colaboradora, impedida por sua condição gestante de permanecer em local insalubre ou com riscos ocupacionais além do limite legal, faz jus ao auxílio por incapacidade temporária (ou salário-maternidade antecipado, conforme o art. 394-A, §3º, da CLT) enquanto perdurar a condição que a impede de exercer seu labor. O sistema previdenciário existe para cumprir essa função protetiva, e negar-lhe eficácia é negar a própria razão de ser da Seguridade Social brasileira.

Referências

[1] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Arts. 6º, 7º (incisos XVIII e XX) e 201, inciso II. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

[2] BRASIL. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Art. 10, inciso II, alínea "b". Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm#adct

[3] ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Convenção nº 183 sobre a Proteção da Maternidade, 2000. Disponível em: <https://www.ilo.org/pt-pt/resource/ptecao-da-maternidade>

[4] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5938. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Julgamento em 29/05/2019. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2019-05/stf-confirma-proibicao-de-trabalho-insalubre-de-gestantes-e-lactantes>

[5] BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social. Art. 59. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm

[6] BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Art. 60, §3º. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm

[7] BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Art. 394-A, §3º. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm

[8] RECEITA FEDERAL DO BRASIL. Solução de Consulta COSIT nº 287, de 14 de outubro de 2019. Subsecretaria de Tributação e Contencioso, Coordenação-Geral de Tributação.

[9] TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. INSS é condenado por negar auxílio-doença a doméstica com gestação de risco. 4ª Turma. Notícia de 07/06/2016. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=11941