



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Parecer nº 324/2018 – SFCONST/PGR
Sistema Único n.º 229.680/2018

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.938/DF

REQUERENTE: Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos

REQUERIDOS: Presidente da República
Congresso Nacional

RELATOR: Ministro Alexandre de Moraes

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 394-A–II E III DA CLT, ALTERADO PELA LEI 13.467/2017. PRELIMINAR. IMPUGNAÇÃO DE ATO NORMATIVO CUJA REDAÇÃO ORIGINAL É OBJETO DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE ANTECEDENTE. ADI 5.605/DF. REDISTRIBUIÇÃO POR PREVENÇÃO. PROCURAÇÃO IRREGULAR. VÍCIO SANÁVEL. MÉRITO. DIREITO DO TRABALHO E DIREITO À SAÚDE. AUTORIZAÇÃO LEGAL PARA TRABALHO DE GESTANTES E LACTANTES EM AMBIENTES INSALUBRES. AFASTAMENTO CONDICIONADO À PRÉVIA E EXPRESSA RECOMENDAÇÃO MÉDICA. OFENSA A DIREITOS E PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO. ARTS. 1.º–IV, 6.º, 7.º–XX E XXII, 170, 193 E 225. CONTRARIEDADE AO COMPLEXO NORMATIVO PROTETIVO DA SAÚDE, DA MATERNIDADE E DA INFÂNCIA. ARTS. 6.º, 196, 201–II, 203–I E 227 DA CONSTITUIÇÃO. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA PRECAUÇÃO, DO NÍVEL MAIS ELEVADO DE PROTEÇÃO EM MATÉRIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, DA PROPORCIONALIDADE E DA ISONOMIA. RETROCESSO SOCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL CONFIGURADA. PROCEDÊNCIA.

1. Preliminar. Conforme art. 77-B do RISTF, nas ações de controle concentrado de constitucionalidade a regra de distribuição por prevenção aplica-se na hipótese de coincidência total ou parcial de objetos e, segundo a jurisprudência da Corte, estabelece-se a prevenção quando duas ou mais ações questionam o mesmo ato normativo ou quando há estreita correlação entre os comandos normativos contestados. Existindo ação abstrata prévia e ativa que versa sobre o mesmo dispositivo legal impugnado nesta ADI (art. 394-A da CLT), embora na sua redação original, justificada a redistribuição do presente feito por prevenção ao Relator da ação direta anterior (ADI 5.605/DF).

2. A ausência, no instrumento de mandato, de expressa referência a inciso questionado do dispositivo legal objeto da ação de

controle, apesar de tópica lacuna, constitui vício sanável, em prazo a ser concedido à parte autora, sob pena de indeferimento da petição inicial. Precedentes.

3. Mérito. A Constituição afirma a jusfundamentalidade dos direitos ao trabalho, à proteção do mercado de trabalho da mulher, à redução dos riscos laborais e ao meio ambiente de trabalho saudável (arts. 6.º, 7.º–XX E XXII, e 225). Ainda, a Carta Magna reconhece como fundamentos da República os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa (art. 1.º–IV), afeta a propriedade à função social, o que a mantém atrelada às noções de dignidade humana e justiça (arts. 5.º–XXIII e 170–III), e proclama a centralidade do trabalho humano nas ordens econômica e social (arts. 170 e 193).

4. A saúde, a maternidade e a infância são objetos de amplo e relevante complexo normativo que impõe máxima proteção à gestante e à lactante, inclusive no âmbito das relações trabalhistas (arts. 6.º, 196, 201–II, 203–I e 227 da Constituição). Normas de cunho protetivo, nesse particular, revestem-se de jusfundamentalidade material e servem à salvaguarda da própria vida como bem jurídico maior.

5. A saúde constitui bem jurídico de natureza extrapatrimonial e de personalidade. Mesmo no campo da legítima discricionariedade legislativa, em tese, em situações reais de dúvida sobre os efetivos impactos danosos que podem ser potencialmente gerados pelo risco decorrente do labor em insalubridade às mulheres gestantes ou lactantes e seus nascituros ou lactentes, os princípios da precaução e do nível mais elevado de proteção em matéria de direitos fundamentais (da trabalhadora) apontam para a incorreção da concretização legislativa que institui a permanência no labor como regra e o seu afastamento futuro como situação de exceção.

6. Por pressuposto, todo trabalho reputado insalubre, independentemente do grau da insalubridade, caracteriza-se pelo risco à saúde e pela nocividade agravada, devendo ser prioritariamente evitado, com mais razão quando se está diante da vida humana em formação ou em desenvolvimento. A proteção de gestantes e lactantes contra a insalubridade no ambiente de trabalho, além de concretizar princípios e direitos fundamentais de índole trabalhista, serve especialmente à tutela da saúde, da maternidade e dos direitos mais basilares do nascituro e da criança, o que sobreleva a importância de sua concretização.

7. O art. 394–A–II e III da CLT, com a redação dada pela Lei 13.467/2017, ao autorizar, de antemão, o trabalho de gestantes em atividades insalubres em graus médio e mínimo e o de lactantes em atividades insalubres em qualquer grau, transforma em regra a exposição de trabalhadoras e de seus filhos a riscos, confrontando os comandos protetivos constitucionais. Ainda, ao condicionar o afastamento de gestantes e lactantes de atividades insalubres à prévia e expressa recomendação médica, o dispositivo impõe essa condição à empregada, parte mais frágil da relação jurídica e que é destinatária do princípio constitucional da melhoria das condições sociais. Por reflexo, torna tênue a obrigação do empregador (que responde pelos riscos do empreendimento) de manter a incolumidade do

meio ambiente laboral, legitimando, por reflexo, o trabalho inseguro.

8. O legislador, ao alterar a redação do art. 394-A da CLT para autorizar o trabalho de gestantes e lactantes em condições insalubres, antes proibido, reduziu inadequadamente o nível de proteção à vida, à saúde, à maternidade, à infância e ao trabalho em condições dignas e seguras. Nessa ótica, a alteração legislativa revela sensível retrocesso social (art. 7.º-*caput*).

9. O art. 394-A-II e III da CLT, embora admita o afastamento de gestantes e lactantes de ambientes laborais insalubres, o faz de maneira condicionada e diferida, o que, sob vários aspectos, reduz inegavelmente a efetividade dos direitos fundamentais envolvidos. A norma impugnada ofende o princípio da proporcionalidade em sua dimensão positiva, como vedação à proteção deficiente, porquanto a (suposta) proteção – ou melhor, desproteção – que encerra não atende à urgência reclamada pela situação de vulnerabilidade da trabalhadora, nem condiz com a relevância dos bens jurídicos em questão (vida, saúde, maternidade, infância e trabalho digno e seguro).

10. A pretexto de fomentar igualdade nas atividades desenvolvidas em ambientes insalubres, o art. 394-A-II e III da CLT desconsidera a vulnerabilidade da gestante e da lactante que se ativam em ambiente de risco. A trabalhadora que, por alguma razão, não obtiver o atestado médico a que faz menção a norma, sem opções na empresa e desprotegida pela lei, exercerá uma de duas opções: permanecerá ativando com risco à sua saúde (e de seu nascituro/lactente) ou, em último caso, poderá ver-se compelida ao pedido de demissão para zelar pela proteção daquele direito. Ambas as situações contrariam o princípio da isonomia (mormente no contexto da empregabilidade) e a lógica constitucional em favor de ações afirmativas protetivas da mulher no mercado de trabalho (arts. 3.º-III, 5.º-I, 7.º-XX e 170-VIII da Constituição).

– Parecer pela redistribuição por prevenção ao Relator da ADI 5.605/DF; pela concessão de prazo à requerente para regularização do instrumento de mandato e pela extração dos autos da petição de fls. 125/132 e respectivos documentos. No mérito, pela concessão da medida cautelar e pela procedência do pedido.

I

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade com pedido de medida cautelar ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos, por meio da qual postula-se a declaração da inconstitucionalidade parcial do art. 394-A-II e III do Decreto-Lei 5.452, de 1.º de maio de 1943 (CLT), com redação dada pelo art. 1.º da Lei 13.467, de 13 de

julho de 2017, por ofensa aos arts. 1.º–IV, 6.º, 7.º–XX e XXII, 170–VII, 193, 196, 201–II, 203–I e 225 da Constituição.¹

Dispõe o enunciado legal cuja higidez constitucional se questiona:

Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de:

[...]

II – atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, **quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento** durante a gestação;

III – atividades consideradas insalubres em qualquer grau, **quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento** durante a lactação.

[...] (ênfase acrescida).

Impugnam-se os incisos II e III do art. 394-A da CLT nos pontos em que condicionam o afastamento de empregadas gestantes ou lactantes de atividades insalubres à prévia e expressa recomendação médica (trechos acima grifados).

A requerente argumenta que a matéria havia sido disciplinada pela Lei 13.287, de 11 de maio de 2016, que, ao introduzir o art. 394-A na CLT, proibiu o trabalho de gestantes e

1 Art. 1.º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] IV – os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa; [...].

Art. 6.º 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.

Art. 7.º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XX – proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; [...] XXII – redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; [...].

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] VII – redução das desigualdades regionais e sociais; [...].

Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: [...] II – proteção à maternidade, especialmente à gestante; [...].

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I – a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; [...].

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. [...].

lactantes em condições insalubres, independentemente do grau da insalubridade; que a Lei 13.467/2017, ao alterar a redação daquele dispositivo celetista, impôs retrocesso social; que a norma legal questionada estimula o trabalho insalubre de gestantes e lactantes; que trabalhadoras de baixa renda e de baixo nível de escolaridade não procurarão profissional da saúde para avaliação dos riscos, principalmente para não sofrerem prejuízo salarial; que, sem expressa recomendação médica em sentido contrário, mulheres, nascituros e crianças lactentes ficarão submetidos a condições prejudiciais à saúde; e que trabalhadoras gestantes e lactantes não devem se expôr à insalubridade em nenhum grau. Afirma que o art. 394-A–II e III da CLT, com a atual redação, “afronta manifestamente a proteção que a Constituição Federal veementemente atribui à maternidade, à gestação, à saúde, à mulher, ao nascituro, aos recém-nascidos, ao trabalho e ao meio ambiente do trabalho equilibrado”.

Pleiteia-se concessão de medida cautelar suspensiva da eficácia da expressão “quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento”, constante dos dois incisos atacados. Pede-se, ao fim, a confirmação da medida, com declaração definitiva da inconstitucionalidade.

A Câmara dos Deputados limitou-se a noticiar que o Projeto que deu origem à Lei 13.467/2017 foi processado “dentro dos estritos trâmites constitucionais e regimentais inerentes à espécie”.²

A Presidência da República manifestou-se pela constitucionalidade dos incisos II e III do art. 394-A da CLT. Articulou que a norma não estimula o trabalho insalubre de gestantes e lactantes, pois, nos termos do *caput* do dispositivo, trabalhadoras afastadas do risco por recomendação médica continuarão fazendo jus ao adicional de insalubridade; que há situações em que as atividades, embora classificadas como insalubres, não oferecem perigo à saúde; e que a “inversão do modelo adotado” (antes da Lei 13.467/2017, a regra era a vedação do trabalho de gestantes e lactantes em atividades insalubres em qualquer grau) não implica ofensa aos dispositivos constitucionais invocados pela requerente.³ Apresentou a Nota Informativa n.º 32/2018/DSST/SIT do Ministério do Trabalho.⁴

A Advocacia-Geral da União suscitou preliminar de irregularidade de representação. Quanto ao tema de fundo, ponderou que a norma impugnada não exige que a recomen-

2 Ofício constante do arquivo na peça 14.

3 Ofício constante do arquivo na peça 19.

4 Fls. 107/111.

dação de afastamento seja expedida por médico da rede pública ou indicado pelo empregador; que a trabalhadora que buscar médico para se afastar de atividade insalubre não sofrerá prejuízo salarial; e que a Lei 13.467/2017, no aspecto, busca evitar a discriminação da mulher no âmbito das relações empregatícias que se desenvolvem em locais insalubres e o faz por meio de medida revestida de razoabilidade, que não abala o princípio da vedação do retrocesso social.⁵

O Senado Federal, instado a se pronunciar, ficou inerte.⁶

Constou dos autos, por equívoco, petição referente à ADI 5.948/DF, que trata de matéria diversa.⁷

Vieram os autos à Procuradoria-Geral da República para parecer.

II

2.1 Preliminar. ADI 5.605/DF. Distribuição por prevenção

Nos termos do art. 77-B⁸ do Regimento Interno do STF, incluído pela Emenda Regimental 34, de 7 de agosto de 2009, nas ações de controle concentrado de constitucionalidade a regra de distribuição por prevenção aplica-se na hipótese de coincidência total ou parcial de objetos.

Conforme jurisprudência da Corte, estabelece-se a prevenção quando duas ou mais ações questionam o mesmo ato normativo (ADI 807-QO/RS, Relator Ministro Sepúlveda Pertence; e ADI 4.182/CE, Presidente Ministro Gilmar Mendes) ou quando existe estreita correlação entre os comandos normativos contestados (ADPF 125/DF, Presidente Ministra Ellen Gracie).

Em 2016, a Confederação Nacional de Saúde, Hospitais e Estabelecimentos e Serviços ajuizou a **ADI 5.605/DF**, que tem por objeto o art. 394-A da CLT em sua redação original, conferida pela Lei 13.287/2016. A presente ADI, por sua vez, contesta o art. 394-A

5 Manifestação constante do arquivo na peça 28.

6 Certidão constante do arquivo na peça 20.

7 Petição constante do arquivo na peça 21.

8 Art. 77-B. Na ação direta de inconstitucionalidade, na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, na ação declaratória de constitucionalidade e na arguição de descumprimento de preceito fundamental, aplica-se a regra de distribuição por prevenção quando haja coincidência total ou parcial de objetos.

da CLT em sua redação dada pela Lei 13.467/2017; e, ao tomar o princípio da vedação do re-
trocendo como um dos fundamentos do pedido, a requerente remete ao texto original do enun-
ciado celetista.

Embora a alteração da redação do art. 394-A da CLT esteja a indicar a possível
perda de objeto da ADI 5.605/DF, tal demanda aguarda julgamento sob relatoria do Ministro
Edson Fachin – ou seja, aquele processo ainda está ativo (autos conclusos ao Relator desde
6.9.2017, já com manifestação dos interessados, da AGU e da PGR).

Mesmo que não se trate de típica hipótese de coincidência de objetos, existe, em
certa medida, coincidência parcial ou, pelo menos, estreita correlação entre os atos normati-
vos impugnados, a justificar a distribuição desta ADI por prevenção (que, em último termo,
objetiva resguardar a relatoria daquele Ministro que, em primeiro momento, deparou-se com
a específica *questio* em sede concentrada, evitando trâmites não coincidentes e impondo o
julgamento simultâneo pelo Plenário).

Feitas tais considerações, opina-se pela redistribuição desta ADI por prevenção
ao Ministro Edson Fachin, Relator da ADI 5.605/DF.

2.2 Preliminar. Ausência de indicação, na procuração, do ato normativo impugnado. Possibilidade de regularização

A requerente – entidade sindical de grau superior constituída na forma do estatuto⁹
constante dos autos – genuína representante da categoria, conforme Decreto 96.469, de 4 de
agosto de 1988,¹⁰ tem legitimidade para provocar o controle abstrato de constitucionalidade pe-
rante o STF, nos termos do art. 103–IX da Constituição. Está preenchido o requisito da perti-
nência temática entre as atribuições estatutárias e o objeto da ação direta, uma vez que a
requerente tem por fim a defesa de direitos sociais dos trabalhadores da categoria que repre-
senta.

A petição inicial encontra-se acompanhada de cópia do ato normativo impug-
nado,¹¹ exigência do art. 3.º–parágrafo único da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999.

A representação processual, contudo, precisa ser regularizada, não obstante topi-
camente.

⁹ Estatuto constante do arquivo nas peças 5 e 6.

¹⁰ Cópia do Decreto constante do arquivo na peça 7.

¹¹ Documento constante do arquivo na peça 4.

Conforme afirmado em preliminar pela AGU, a procuração¹² aponta como objeto da ação direta apenas o inciso II do art. 394-A da CLT, com redação conferida pela Lei 13.467/2017. Todavia, não especifica poderes para impugnação do inciso III.

No precedente firmado na ADI 2.187-QO/BA, Relator Ministro Octavio Gallotti, o STF assentou a necessidade, nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, de instrumento de mandato com expressa referência ao ato normativo questionado. No entanto, a omissão constitui vício sanável em prazo a ser concedido à parte autora, sob pena de indeferimento da petição inicial, de acordo com reiterados precedentes da Corte (ADI 4.272/MA, Presidente Ministro Celso de Mello; ADPF 167-MC-REF/DF, Relator Ministro Eros Grau; ADI 5.502/DF, Relator Ministro Celso de Mello; e ADI 5.469/DF, Relator Ministro Dias Toffoli).

Sugere-se a concessão de prazo à requerente para regularização do instrumento de mandato, nos moldes do art. 321 do CPC, em observância ao princípio da primazia da resolução do mérito (CPC, art. 4.º), sob pena de indeferimento da petição inicial.

2.3 Medida saneadora: Extração da petição e documentos colacionados por equívoco

Tendo sido localizados petição e documentos apresentados aos autos por manifesto equívoco do respectivo peticionante (Sinfais), às fls. 125/158 e, visando o pleno saneamento e organização do feito, o *parquet* sugere sejam estas folhas extraídas e, mediante certidão, redirecionadas à **ADI 5.948/DF**, Ministro Alexandre de Moraes, para a qual aquela foi formulada.

Opina-se pelo acolhimento da sugestão da medida processual (CPC, arts. 179–II c/c 357, por aplicação supletiva).

III

3.1 Mérito. Inconstitucionalidade material parcial configurada. Interpretação constitucional orientada pelos princípios da precaução e do nível mais elevado de proteção dos direitos fundamentais (da mulher trabalhadora)

No mérito, a discussão diz respeito a saber se, ao condicionar o afastamento de trabalhadoras gestantes e lactantes de atividades insalubres à prévia e expressa recomendação

¹² Procuração constante do arquivo na peça 2.

médica, o art. 394-A–II e III¹³ da CLT, com redação dada pela Lei 13.467/2017, afronta a Constituição.

A questão da vedação do trabalho de gestantes e lactantes em atividades insalubres foi anteriormente posta em debate na **ADI 5.605/DF**, que tem por objeto o art. 394-A da CLT com a redação conferida pela Lei 13.287/2016. Em seu texto original,¹⁴ o dispositivo celetista determinava, sem nenhum tipo de ressalva, que as empregadas deveriam exercer suas atividades em local salubre enquanto durassem a gestação e a lactação.

Assegurar trabalho em ambiente salubre às gestantes e lactantes é medida concretizadora dos direitos fundamentais ao trabalho, à proteção do mercado de trabalho das mulheres, à redução dos riscos laborais e ao meio ambiente de trabalho saudável (Constituição, arts. 6.º, 7.º–XX e XXII e 225). A medida ainda se coaduna com o princípio constitucional dos valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa (art. 1.º–IV) e com a centralidade do trabalho humano nas ordens econômica e social, proclamada pela Carta Magna (arts. 170 e 193).

Não bastasse efetivar direitos e princípios fundamentais de índole trabalhista, a proteção de gestantes e lactantes contra a insalubridade serve especialmente à tutela da saúde, da maternidade e dos direitos mais basilares do nascituro e do lactente. Isso sobreleva a importância da concretização da aludida proteção, inclusive como medida de salvaguarda da vida como bem jurídico maior:

A existência humana é o pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades dispostos na Constituição. Esses direitos têm nos marcos da vida de cada indivíduo os limites máximos de sua extensão concreta. O direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo. **O seu peso abstrato, inerente à sua capital relevância, é superior a todo outro interesse** [*ênfase acrescida*].¹⁵

13 Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de: I – atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação; II – atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação; III – atividades consideradas insalubres em qualquer grau, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação. [...]. (Redação conferida pela Lei 13.467/2017.)

14 Art. 394-A. A empregada gestante ou lactante será afastada, enquanto durar a gestação e a lactação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, devendo exercer suas atividades em local salubre. (Redação original conferida pela Lei 13.287/2016.)

15 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 255.

O art. 394-A, inserido na CLT pela Lei 13.287/2016, passou a figurar entre outros dispositivos que estabelecem medidas de proteção ao trabalho da mulher e à maternidade e, por consequência, à saúde e à infância. A CLT prevê, por exemplo, transferência de função durante a gravidez quando recomendável à saúde, dispensa do cumprimento integral da jornada para realização de consultas e exames médicos, descansos para amamentação, estabilidade provisória da gestante/mãe no emprego e licença-maternidade, as duas últimas também asseguradas pela Constituição (arts. 7.º–XVIII e 10–II–b do ADCT).

Disposições protetivas de tal natureza, ainda que não constem expressamente do texto constitucional, nele encontram firme amparo. O art. 6.º da Carta Magna afirma a jusfundamentalidade dos direitos sociais à saúde e à proteção à maternidade e à infância; o art. 196 anuncia a saúde como direito de todos e dever do Estado; os arts. 201–II e 203–I ressaltam o múnus público de proteção à maternidade e à infância; e o art. 227 impõe corresponsabilidade pela garantia prioritária, entre outros, do direito da criança à vida e à saúde.

Normas supraleais¹⁶ reafirmam o compromisso de todos com a proteção da maternidade, da infância e da saúde de gestantes, lactantes e crianças. Destacam-se, nesse sentido, o art. 25–2¹⁷ da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948; os arts. 10–2 e 3¹⁸ e 12–1 e 2–a, b e c¹⁹ do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o art. 24–1²⁰ do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, ambos de 1966, promulgados, respectivamente, pelos Decretos 591 e 592, de 6 de julho de 1992; e o art. 19²¹ da

16 Assim consideradas aquelas constantes de diplomas internacionais sobre direitos humanos integrados ao ordenamento interno sem o quórum qualificado referido pelo art. 5.º–§3.º da Constituição (STF, HC 88.240/SP, Relatora Ministra Ellen Gracie).

17 Art. 25. [...] 2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

18 Art. 10. [...] 2. Deve-se conceder proteção especial às mães por um período de tempo razoável antes e depois do parto. Durante esse período, deve-se conceder às mães que trabalham licença remunerada ou licença acompanhada de benefícios previdenciários adequados. 3. Devem-se adotar medidas especiais de proteção e de assistência em prol de todas as crianças e adolescentes, sem distinção alguma por motivo de filiação ou qualquer outra condição. [...].

19 Art. 12. 1. Os Estados-Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental. 2. As medidas que os Estados-Partes do presente Pacto deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar: a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento das crianças; b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente; c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças; [...].

20 Art. 24. 1. Toda criança terá direito, sem discriminação alguma por motivo de cor, sexo, língua, religião, origem nacional ou social, situação econômica ou nascimento, às medidas de proteção que a sua condição de menor requerer por parte de sua família, da sociedade e do Estado. [...].

21 Art. 19. Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica), promulgada pelo Decreto 678, de 6 de novembro de 1992. Não suficiente, no campo do Direito Internacional do Trabalho, o Brasil é ainda signatário da Convenção 103 da Organização Internacional do Trabalho, sobre a “proteção à maternidade”.²²

No plano legal, conforme o art. 2.º do CC, “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”; inclusivamente, os direitos de personalidade (tal como o direito à saúde), qualificados como “intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária” (CC, art. 11). Ainda, por reflexo para os nascituros e diretamente para os lactentes, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, de 13.7.1990) reafirma o princípio da proteção integral, de observância obrigatória pela família, pela comunidade, pelos empregadores, pelas instituições, pela sociedade em geral e pelo Poder Público. Têm destacada importância os arts. 3.º–*caput*, 4.º–*caput*, 7.º e 9.º–*caput* do diploma,²³ que tratam de direitos materialmente fundamentais – e, pois, de estatura constitucional – titularizados pela criança, os quais são conectados de forma estreita à tutela da saúde das respectivas gestantes e lactantes.

Indubitavelmente, o art. 394-A da CLT, em sua redação original atribuída pela Lei 13.287/2016, veio a integrar o importante complexo normativo que envolve a tutela da maternidade e da infância, tendo por escopo evitar a incidência danosa de agentes agressivos presentes nas operações e ambientes laborais insalubres sobre a saúde das mulheres (gestantes e lactantes); e também, e de forma especial, sobre a saúde dos nascituros e das crianças lactentes. Alicerçado no necessário reconhecimento da especial proteção jurídica que merecem a gestante e a lactante, o dispositivo revelou-se no mundo jurídico como importante providência de prevenção de doenças e outros infortúnios que podem acometer, direta ou reflexa-

²² Decreto 58.820, de 14 de julho de 1966.

²³ Art. 3.º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 4.º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Art. 7.º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

Art. 9.º O Poder Público, as instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas a medida privativa de liberdade.

mente, a mulher, o feto e o recém-nascido; visando, ao fim, a benefícios em termos de qualidade de vida às novas gerações.

Tanto assim que, na **ADI 5.605/DF**, o Congresso Nacional manifestou-se pela constitucionalidade da medida legal inaugurada pela Lei 13.287/2016, frisando o objetivo máximo do ordenamento jurídico de proteção à vida, ao nascituro e à criança. É o que se infere do seguinte trecho do ofício encaminhado:

A lei questionada não somente dá concretude ao feixe de proteção dado a gestante, como também ao máximo objetivo do ordenamento jurídico de proteção à vida, ao nascituro e à criança.

[...]

A norma quer, como se pode depreender, o afastamento da atividade insalubre e não de toda e qualquer atividade de trabalho. Pode, assim, haver remoção ou remanejamento da trabalhado [*sic*] dentro da empresa, seja ela hospitalar ou não. A *mens legis* é protetiva para uma situação excepcional e sopesou as questões econômicas envolvidas, sem ferir qualquer princípio da ordem econômica, como a livre-iniciativa.²⁴

A Presidência da República também defendeu, na citada ADI, a constitucionalidade do art. 394-A da CLT em sua redação original, apontando-o como mera tradução de direitos já assegurados pela Carta Magna. Veja-se passagem do ofício:

9. De tudo se infere que lei destinada a afastar a empregada gestante ou lactante, enquanto durar a gestação e a lactação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, como se apresenta a Lei n.º 13.287, de 11 de maio de 2016, acha-se em perfeita harmonia com a Constituição da República, nada mais representando que mera explicitação de direitos já assegurados pelo Constituinte de 1988, consistentes na proteção à vida, à saúde e à segurança do nascituro e do lactente.

[...]

11. Acentue-se, portanto, que não se poderia deixar de proteger a saúde da gestante, do nascituro e do lactente em virtude de futura e incerta conduta discriminatória por parte do empregador. Em vez disso, deve-se combater eventual discriminação à mulher, no mercado de trabalho, que impeça a concretização de direitos assegurados pela própria Constituição.²⁵

No mesmo sentido foi a manifestação da AGU, que considerou absolutamente legítima a proibição de trabalho insalubre de gestantes e lactantes em razão de sua condição de vulnerabilidade, como confirma o trecho a seguir transcrito:

Sendo assim, em consonância com a ordem constitucional vigente e considerando a maior vulnerabilidade das mulheres gestantes e lactantes sujeitas a condições laborais in-

²⁴ Ofício constante do arquivo na peça 15 (ADI 5.605/DF).

²⁵ Ofício constante do arquivo na peça 13 (ADI 5.605/DF).

salubres, o legislador ordinário decidiu conferir especial proteção à saúde dessas trabalhadoras e de sua prole mediante a edição do diploma questionado.

[...]

De fato, não é razoável submeter pessoas que se encontram em uma condição excepcional de vulnerabilidade, tais como as gestantes, as lactantes e suas respectivas proles, a tratamento jurídico idêntico ao aplicável às demais pessoas que não estão sujeitas a nenhum tipo de risco especial à saúde.²⁶

No parecer apresentado na ADI 5.605/DF, a PGR asseverou o caráter concretizador de direitos fundamentais da medida consistente na vedação do trabalho de gestantes e lactantes em atividades insalubres em qualquer grau. E o *parquet* reitera aqui seu **posicionamento**, agora sustentando que, com a atual redação, o art. 394-A da CLT, de fato, padece do vício de inconstitucionalidade material apontado pela requerente.

Ao ter sua redação alterada pela Lei 13.467/2017, o art. 394-A da CLT não só perdeu seu caráter protetivo, como assumiu feição precarizante, contrariando os já referidos arts. 1.º–IV, 6.º, 7.º–XX e XXII, 170, 193, 196, 201–II, 203–I, 225 e 227²⁷ da Constituição.

26 Manifestação constante do arquivo na peça 17 (ADI 5.605/DF).

27 Art. 1.º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] IV – os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa; [...].

Art. 6.º 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.

Art. 7.º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XX – proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; [...] XXII – redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; [...].

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] III – função social da propriedade; [...] VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; [...].

Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: [...] II – proteção à maternidade, especialmente à gestante; [...].

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I – a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; [...].

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. [...].

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.

Isso porque, embora tenha cuidado de vedar a submissão de gestantes à insalubridade em grau máximo – ao autorizar, de antemão, seu trabalho em atividades insalubres em graus médio e mínimo e o de lactantes em atividades insalubres em qualquer grau – acabou por, temerariamente, transformar em regra a exposição ao risco, obstando às trabalhadoras e aos seus filhos a integral proteção assegurada pela Carta Magna e, ainda, desviando-se do objetivo maior das normas tutelares do meio ambiente laboral.

Isto porque uma interpretação constitucional funcionalmente orientada ao objetivo de conceder ao bem jurídico em questão (a saúde, direito de natureza extrapatrimonial e de personalidade) proteção jurídica mais adequada convoca a ponderar princípios de substancial relevo na matéria: os princípios da precaução e do nível mais elevado de proteção em matéria de direitos fundamentais (da mulher trabalhadora).

Relativamente ao primeiro – o princípio da precaução –, segundo a doutrina de Maria Alexandra Aragão, “São dois os pressupostos do recurso ao princípio da precaução: a existência de riscos graves e a existência de incertezas significativas quanto aos riscos. Os riscos, de que estamos a falar, são os riscos de danos ambientais ou ecológicos, danos à saúde pública, à segurança pública, à segurança dos consumidores, etc., ou seja, riscos que ponham em causa os valores que justificam a aplicação do princípio da precaução”.²⁸ E, em sua tese doutoral, melhor elucida:

Princípio da precaução.

O princípio da precaução conduz à prevalência de interesses futuros superiores, sobre interesses actuais qualitativamente inferiores. Tem como limite a *verossimilhança*. O princípio da precaução não actuará se o risco de lesão do bem futuro não for minimamente *verossímil*. Preferimos que seja *verossimilhança*, e não a *probabilidade estatística*, a comandar o funcionamento do princípio da precaução, para evitar que o princípio da precaução fique submetido ao jogo das probabilidades, ou dominado pelo jogo dos números.²⁹

Em magistral voto, a Ministra Cármen Lúcia, relatora da ADPF 101/DF, assim aduziu sobre esse importante princípio jurídico-constitucional, chamado a solver controvérsias em sede de direitos relacionados à saúde e o meio ambiente:

28 ARAGÃO, Maria Alexandra: Aplicação nacional do princípio da precaução. In: *Colóquios 2011-2012*, Associação dos Magistrados da Jurisdição Administrativa e Fiscal de Portugal, 2013. p. 159-185. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/24581/1/Aplica%C3%A7%C3%A3o%20nacional%20do%20princ%C3%Adpio%20da%20precau%C3%A7%C3%A3o%20%28Alexandra%20Arag%C3%A3o%29.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

29 ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. *O princípio do nível elevado de protecção e a renovação ecológica do direito do ambiente e dos resíduos*. Livraria Almedina: Coimbra, 2006. p. 212. (Colecção Teses).

O princípio da precaução vincula-se, diretamente, aos conceitos de necessidade de afastamento de perigo e necessidade de dotar-se de segurança os procedimentos adotados para garantia das gerações futuras, tornando-se efetiva a sustentabilidade ambiental das ações humanas. Esse princípio torna efetiva a busca constante de proteção da existência humana, seja tanto pela proteção do meio ambiente como pela garantia das condições de respeito à sua saúde e integridade física, considerando-se o indivíduo e a sociedade em sua inteireza [*ênfase acrescida*].³⁰

O referido princípio da precaução foi chamado posteriormente a solver a *questio* sobre o banimento do uso do amianto no Brasil, como bem frisado pelo Ministro Celso de Mello, no julgamento da ADI 4.066/DF:

Compreendo, pelas razões expostas, com vênia aos que pensam em sentido contrário, e considerando, ainda, o magistério doutrinário por mim invocado, além do precedente acima referido (ADPF 101/DF), que a eminente Relatora bem resolveu a controvérsia constitucional ora submetida ao exame desta Suprema Corte, pois os elementos produzidos nestes autos justificam, a partir do ordenamento positivo doméstico e das convenções internacionais, a incidência, no caso, do princípio da precaução, cuja consagração, repita-se, foi reconhecida na Declaração do Rio de Janeiro (1992) adotada na ECO/92, que representou, naquele particular momento histórico, marco significativo no processo de transição e, sobretudo, de evolução do postulado da prevenção, então reconhecido pela Declaração de Estocolmo (1972), para o princípio da precaução.

Entendo, na perspectiva dessa importantíssima evolução, que questões que envolvam e comprometam o meio ambiente e a saúde pública não podem subordinar-se a interesses de índole corporativa ou de caráter econômico, pois, segundo o postulado da precaução, “as pessoas e o seu ambiente devem ter em seu favor o benefício da dúvida, quando haja incerteza sobre se uma dada ação os vai prejudicar”, vale dizer, se dúvida houver a propósito da nocividade ou periculosidade de um dado elemento ou de certa atividade, não haverá solução outra senão a de decidir-se favoravelmente à preservação do meio ambiente (“in dubio pro securitate”).

Vê-se, daí, que a preocupação tanto com a intangibilidade da saúde e da vida humanas quanto com a preservação da incolumidade do meio ambiente não só representa dado relevante consagrado em declarações internacionais, mas também resulta da própria compreensão que o Supremo Tribunal Federal tem revelado em diversos julgamentos, nos quais esse tema vem sendo alçado à condição de direito eminente e fundamental reconhecido às formações sociais e às pessoas em geral [*ênfase acrescida*].³¹

Relativamente ao segundo – **o princípio do nível mais elevado de proteção em matéria de direitos fundamentais** – a juspublicística vem destacar a sua origem no espaço comunitário, dominado pelo Direito Comunitário, sem substituição dos Direitos próprios de cada um de seus Estados-Membros;³² isto é, espaço de ordens jurídicas, em tese, simultaneamente aplicáveis ao caso. Na questão jurídico-constitucional em apreço, não obstante a inexistência de regras válidas concorrentes (internas) a regular o trabalho da mulher gestante ou

30 STF. ADPF 101/DF. Relatora Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno. *DJe*, 4 jun. 2012.

31 STF. ADI 4.066/DF, Relatora Ministra Rosa Weber, Tribunal Pleno. *DJe* un. 43, 7 mar. 2018.

32 CANOTILHO, Mariana Rodrigues. *O princípio do nível mais elevado de protecção em matéria de direitos fundamentais*. Dissertação (Mestrado)–Faculdade de Coimbra, Coimbra, 2008. p. 169.

lactante em condições insalubres (dada a revogação da redação original do art. 394-A da CLT), deve-se recordar que, no âmbito do Direito (Constitucional) do Trabalho, vigora ainda o princípio da proteção do trabalhador³³ (art. 7.º–*caput*); o reforça a necessidade de que as opções legislativas no âmbito da discricionariedade do legislador, como concretizador da *Lex Fundamentalis*, sejam eleitas com referência naquele sujeito e na elevação do nível de sua tutela jurídica; para o caso, na saúde das mulheres trabalhadoras gestantes e lactantes:

Admite-se que o “princípio da proteção do trabalhador” possa ter uma função importante em sede de produção legislativa. A sua função, todavia, deverá centrar-se no seguinte: por um lado, o “princípio da proteção do trabalhador” deve servir para orientar a tarefa do criador do Direito, facultando-lhe as pautas de valoração, os valores do sistema juslaboral e o sentido próprio do Direito do trabalho – **os valores do subsistema laboral devem centrar-se no “princípio da proteção do trabalhador” e não em qualquer imperativo de ordem económica ditado nomeadamente por instâncias internacionais, dado que a finalidade do Direito do Trabalho centra-se, primordialmente, na proteção do trabalhador e não na competitividade das economias nacionais**; por outro lado, o princípio em causa poderá ter por função a salvaguarda de um núcleo intransponível ou irredutível de direitos e garantias do trabalhador que deve permanecer intocável em qualquer caso, em qualquer circunstância e mesmo nas conjunturas mais adversas, por assentar em valores mais fortes da dignidade humana e da necessidade de proteção de alguns direitos pessoais e fundamentais do trabalhador [*ênfase acrescida*].³⁴

Pelos argumentos técnicos constantes da própria Nota Informativa n.º 32/2018/DSST/SIT, apresentada pelo Presidente da República, ressaltou a importância da aplicação daqueles citados princípios constitucionais em prol de uma tutela mais adequada e efetiva à saúde das mulheres gestantes e lactantes, com prioritário afastamento das condições insalubres. Isto, como decorrência principal das reconhecidas incertezas sobre os efetivos impactos dos agentes nocivos ao saudável desenvolvimento do feto e dos lactentes; mas, também, como reforço, pelos altos níveis de tolerância vigorantes no Brasil, os quais impõem aos trabalhadores em geral uma exposição à insalubridade potencialmente muito mais grave comparativamente a outros países. A citada Nota Informativa registra:

As questões principais que envolvem o artigo impugnado são os efeitos dos agentes de risco sobre a gestação e a lactação. Em apressada análise, posicionamento contrário ao afastamento de uma gestante ou lactante de atividades consideradas insalubres parece absurdo. Necessário, portanto, compreender alguns aspectos envolvidos nesta questão de enorme complexidade, cuja simplificação pode gerar problemas inesperados e incontornáveis, ainda que no intuito de oferecer a mais ampla proteção à mulher trabalhadora.

Os períodos de gestação e lactação representam fases de maior vulnerabilidade da mulher e da criança em desenvolvimento intrauterino ou nos primeiros anos de vida. Isto é um fator inescapável. É preciso, no entanto, compreender que a vulnerabilidade de período da ges-

33 DRAY, Guilherme Machado. *O princípio da proteção do trabalhador*. São Paulo: LTr, 2015.

34 STF. ADPF 101/DF. Relatora Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno. *DJe*, 4 jun. 2012.

tação é diferente em cada trimestre do período gestacional e também diferente em relação a cada agente de risco. Difere também, em maior grau, do período de amamentação, este representando em relação a vários agentes de risco, menor vulnerabilidade em relação ao período gestacional.

Em ambos os casos, infelizmente, os estudos são escassos, e convive-se com muitas incertezas. [...]

Muito mais frequente, como é de conhecimento geral, é a defasagem de nossa legislação sobre insalubridade, com limites de tolerância muito superiores ao “estado da técnica” e aos limites utilizados em outros países [ênfase acrescida].³⁵

A defasagem dos índices de tolerância nacionais, muito superiores aos internacionais (mais atualizados em relação ao “estado da técnica”), agrega sérios problemas à proteção da saúde laboral dos trabalhadores, em geral, e é apontada pela doutrina de Direito do Trabalho:

Outra dificuldade jurídica que pode ser presenciada na lide de ação civil pública ambiental trabalhista refere-se à questão de serem pleiteadas obrigações de fazer que digam respeito à observância de “limites de tolerância” fixados em documentos diversos das NRs (ex.: *American Conference of Governmental Industrial Hygienists – ACGIH*).

De fato, **os limites de tolerância nacionais estão muito defasados, tendo sido a maioria deles estabelecida na década de 70. Poucos foram alterados desde então** (como aconteceu com a proibição do benzeno em 1997). Outros limites de tolerância (tais como os da *ACGIH*) têm se apresentado mais benéficos e adequados à proteção da saúde dos trabalhadores, por serem resultados de pesquisas mais modernas e confiáveis. Todavia, por não estarem formalmente integrados na Ordem Jurídica nacional, resta a controvérsia sobre a possibilidade de serem imperativamente exigidos do empregador, ainda mais tendo em vista o que consta expressamente do item 9.3.5.1 da NR 9. [...]

Aliás, **basta uma perfunctória análise na tabela abaixo para se depreender o quanto os limites de tolerância de algumas substâncias prejudiciais à saúde (algumas inclusive cancerígenas) são muito inferiores na edição de 2007 da ACGIH do que na NR 15. Nesse particular, os limites de tolerância nacionais não podem mais ser considerados “seguros”**. A tabela abaixo fala por si mesma:

| Substância | Limite da NR-15 (ppm) | Limite da ACGIH (2007) (ppm) |
|---------------------------------------|-----------------------|------------------------------|
| Formaldeído (cancerígeno) | 1,6 | 0,3 |
| Tolueno | 78 | 20 |
| Anilina | 4 | 2 |
| Bromo | 0,08 | 0,01 |
| 1,3 Butadieno (cancerígeno) | 780 | 2 |
| Clorofórmio | 20 | 10 |
| Hidrazina (possivelmente cancerígeno) | 0,08 | 0,01 |
| Cloreto de vinila (cancerígeno) | 156 | 1 |

[ênfase acrescida].³⁶

35 Fls. 109.

36 GOMES, Ana Cláudia Nascimento Gomes. A atuação do Ministério Público do Trabalho na concretização do direito à qualidade de vida do trabalhador: alguns instrumentos de proteção da saúde e segurança no trabalho. In: *Dignidade humana e inclusão social: caminhos para a efetividade do direito do trabalho no Brasil*. São Paulo: LTr, 2009. p. 265-267.

Ora, se os níveis de tolerância já se afiguram elevados para os trabalhadores em geral (donde a ampliação do espectro dos trabalhadores sob os efeitos de agentes nocivos), o risco eleva-se substancialmente para trabalhadoras mulheres gestantes e lactantes, em função da própria vulnerabilidade fisiológica natural a esses períodos. Tal contexto normativo-regulamentar reforçava a necessidade de que os princípios da precaução e do nível elevado de proteção dos direitos fundamentais fossem, desde logo, “tomados a sério” pelo legislador infraconstitucional (demonstrando, *a priori*, a bondade da opção legislativa de 2016, entretanto, revogada).

Com efeito, no plano da definição concreta da insalubridade, a CLT considera existir essa situação naquelas atividades ou operações que, “por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos” (CLT, art. 189).³⁷ A disciplina da matéria, inclusive a fixação dos critérios para a caracterização e a graduação da insalubridade, é legalmente delegada ao Ministério do Trabalho (CLT, art. 190),³⁸ pois envolve conhecimentos técnicos e científicos de Higiene Ocupacional.

A Norma Regulamentadora 15 do Ministério do Trabalho, instituída pela Portaria 3.214, de 8 de junho de 1978, é a que trata do tema, dispondo sobre os agentes físicos, químicos e biológicos prejudiciais à saúde encontrados no ambiente laboral. Referida NR estabelece três critérios para a caracterização da insalubridade, quais sejam, avaliação quantitativa, avaliação qualitativa e avaliação qualitativa de riscos inerentes à atividade, como explicam Tuffi Messias Saliba e Márcia Angelim Chaves Corrêa:

No campo da saúde ocupacional, Higiene do Trabalho é a ciência que trata do reconhecimento, da avaliação e do controle de agentes agressivos passíveis de levar o empregado a adquirir doença profissional, quais sejam:

- Agentes físicos – ruído, calor, radiações, frio, vibrações e umidade.
- Agentes químicos – poeira, gases e vapores, névoas e fumos.
- Agentes biológicos – micro-organismos, vírus e bactérias.

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

38 Art. 190. O Ministério do Trabalho aprovará o quadro das atividades e operações insalubres e adotará normas sobre os critérios de caracterização da insalubridade, os limites de tolerância aos agentes agressivos, meios de proteção e o tempo máximo de exposição do empregado a esses agentes. Parágrafo único. As normas referidas neste artigo incluirão medidas de proteção do organismo do trabalhador nas operações que produzem aerodispersóides tóxicos, irritantes, alérgicos ou incômodos.

[...]

A NR-15, em seus 14 anexos, regulamenta os critérios de caracterização de atividades e operações insalubres. Assim, o subitem 15.1 da referida norma determina que são consideradas atividades ou operações insalubres as que se desenvolvem:

- Acima dos limites de tolerância previstos nos anexos 1, 2, 3, 5, 11 e 12.
- Nas atividades mencionadas nos anexos 6, 13 e 14.
- Comprovadas por meio de laudo de inspeção do local de trabalho, constantes dos anexos 7, 8, 9 e 10.
- Abaixo dos mínimos de iluminação fixados no anexo 4, exceto nos trabalhos de extração de sal. Esse anexo foi revogado pela Portaria n. 3.751, de 23.11.1990.

Embora o art. 189 da CLT estabeleça que a insalubridade ocorrerá quando a exposição ao agente superar o limite de tolerância, observa-se que a norma do MTE estabeleceu três critérios para a caracterização da insalubridade: avaliação quantitativa, qualitativa e inerentes à atividade.³⁹

Assim, segundo a lei e a NR 15, só haverá insalubridade, em maior ou menor grau, se a exposição a agente nocivo transpuser os limites toleráveis pelo organismo humano; ou ocorrer em condições inseguras, conforme avaliação pericial; ou for intrínseca à atividade e, pois, impassível de controle. Não haverá insalubridade, de acordo com a lei⁴⁰ e a NR, quando os efeitos nocivos do agente forem eliminados ou neutralizados por equipamento de proteção ou quando, pelas condições em que se efetivar a exposição, ela for inapta a provocar dano à saúde do trabalhador:

15.4.1 A eliminação ou neutralização da insalubridade deverá ocorrer:

- a) com a adoção de medidas de ordem geral que conservem o ambiente de trabalho dentro dos limites de tolerância;
- b) com a utilização de equipamento de proteção individual.

[...]

15.4.1.2 A eliminação ou neutralização da insalubridade ficará caracterizada através de avaliação pericial por órgão competente, que comprove a inexistência de risco à saúde do trabalhador.

Observa-se que, por definição, todo trabalho reputado insalubre, independentemente do grau da insalubridade, caracteriza-se pela nocividade agravada e pelo risco à saúde, como enfatizado por Mara Queiroga Camisassa:

A palavra insalubre tem origem no latim (*insalubris*) e significa “o que faz mal à saúde”.
Um ambiente insalubre é aquele onde há riscos aumentados de o trabalhador sofrer

39 SALIBA, Tuffi Messias; CORRÊA, Márcia Angelim Chaves. *Insalubridade e periculosidade: aspectos técnicos e práticos*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 11-13.
40 Art. 191 da CLT.

agravos à saúde. O risco deve ser acentuado em comparação ao dos trabalhadores envolvidos em atividades e ambientes sem exposição ocupacional ou com exposição controlada, ao mesmo agente [*ênfase acrescida*].⁴¹

O trabalho em condições insalubres, apreendido como aquele que não é saudável, pode provocar, antecipar ou intensificar enfermidades, conforme lição de Sebastião Geraldo de Oliveira:

O trabalho insalubre é aquele exposto a agentes que podem afetar ou causar danos à saúde, provocar doenças, ou seja, é o trabalho não salubre, não saudável. Muitas enfermidades estão diretamente relacionadas e outras são desencadeadas, antecipadas ou agravadas pela profissão do trabalhador ou as condições em que o serviço é prestado.

As pesquisas epidemiológicas fornecem informações preciosas para compreender a vinculação entre o aparecimento das doenças e a presença de determinados fatores nocivos ou insalubres do ambiente de trabalho. [...] O agente nocivo vai minando paulatinamente as resistências do organismo do trabalhador, em razão da exposição continuada, especialmente quando a sua intensidade estiver acima dos limites de tolerância.⁴²

O trabalhador submetido à insalubridade, em qualquer grau, sofre os efeitos prejudiciais dos agentes agressores, ainda que a lesão à saúde não seja percebida de imediato, como salientado por Arnaldo Sússekind:

Em face do estatuído nos arts. 189 e 190 da CLT, há *insalubridade*, para os efeitos das normas pertinentes da legislação do trabalho, quando o empregado sofre a agressão de agentes físicos ou químicos acima dos níveis de tolerância fixados pelo Ministério do Trabalho, em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos (critério quantitativo); ou, ainda, de agentes biológicos e alguns agentes químicos relacionados pelo mesmo órgão (critério qualitativo).

Bem observa Antonio Carlos Vendrame que a agressão do agente insalubre opera de forma cumulativa e paulatina. “Cumulativa porque, na sua grande maioria, os males que acometem os trabalhadores são progressivos e irreversíveis, a exemplo da perda auditiva, pneumoconioses e intoxicações por fumos de metais. Paulatina, já que, exceto em intoxicações agudas, o organismo do trabalhador vai sendo lesado aos poucos, como é o caso da silicose”.⁴³

Diante do contexto normativo existente, vê-se que a norma impugnada por meio desta ação direta, em vez de reconhecer a nocividade e o risco afirmados pela própria lei e seu regulamento, parte do equivocado pressuposto de segurança da exposição à insalubridade, porquanto a nocividade (e risco) existe. E o faz sem ter em conta a singularidade, na

41 CAMISASSA, Mara Queiroga. *Segurança e saúde no trabalho*: NRs 1 a 36 comentadas e descomplicadas. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 401.

42 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 194.

43 SÜSSEKIND, Arnaldo [et al.]. *Instituições de direito do trabalho*. 21. ed. São Paulo: LTr, 2003. v. 2, p. 924-925.

perspectiva fisiológica, dos períodos de gestação e de aleitamento vivenciados pela mulher que trabalha.

Sem ressaltar graus de insalubridade, o Ministério da Saúde aponta a exposição a agentes insalubres no ambiente de trabalho como fator de risco gestacional. Veja-se o seguinte excerto do manual técnico sobre gestação de alto risco veiculado pelo órgão:

A gestação é um fenômeno fisiológico e deve ser vista pelas gestantes e equipes de saúde como parte de uma experiência de vida saudável envolvendo mudanças dinâmicas do ponto de vista físico, social e emocional. Entretanto, trata-se de uma situação limítrofe que pode implicar riscos tanto para a mãe quanto para o feto e há um determinado número de gestantes que, por características particulares, apresentam maior probabilidade de evolução desfavorável, são as chamadas “gestantes de alto risco”.

[...]

Os marcadores e fatores de risco gestacionais presentes anteriormente à gestação se dividem em:

1. Características individuais e condições sociodemográficas desfavoráveis:

- Idade maior que 35 anos;
- Idade menor que 15 anos ou menarca há menos de 2 anos;
- Altura menor que 1,45m;
- Peso pré-gestacional menor que 45kg e maior que 75kg (IMC<19 e IMC>30);
- Anormalidades estruturais nos órgãos reprodutivos;
- Situação conjugal insegura;
- Conflitos familiares;
- Baixa escolaridade;
- Condições ambientais desfavoráveis;
- Dependência de drogas lícitas ou ilícitas;
- Hábitos de vida – fumo e álcool;
- **Exposição a riscos ocupacionais: esforço físico, carga horária, rotatividade de horário, exposição a agentes físicos, químicos e biológicos nocivos, estresse.**

[...] [*ênfase acrescida*].⁴⁴

A OIT afirma que agentes físicos, químicos e biológicos, entre outros presentes no ambiente de trabalho, podem afetar a saúde reprodutiva e causar danos a homens, mulheres, recém-nascidos e crianças lactentes. Assevera que os perigos são mais relevantes para as mulheres grávidas e lactantes e dá exemplos dos potenciais danos⁴⁵:

44 BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Gestação de alto risco: manual técnico*. 5. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2012. p. 11-12. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/manual_tecnico_gestacao_alto_risco.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2018.

45 A tabela consiste em reprodução livremente traduzida do inglês de parte da tabela constante do texto original: INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *Maternity protection resource package*: from aspira-

Exemplos de como agentes e condições de trabalho podem afetar a saúde reprodutiva, com particular ênfase nos efeitos sobre a gravidez e a amamentação

| Tipo de perigo | Exemplos | Exemplos de possíveis danos reprodutivos |
|---------------------------|---|---|
| Agentes biológicos | Bactérias, vírus, parasitas e fungos, incluindo: <ul style="list-style-type: none"> • infecções transportadas e transmitidas por pessoas • doenças transportadas por animais ou outra vida selvagem • micro-organismos encontrados em água, comida, solo ou outras substâncias | <ul style="list-style-type: none"> • Qualquer infecção grave pode acometer a mulher e, portanto, colocar o bebê em risco • Alguns micro-organismos podem infectar o ventre e causar aborto, morte fetal, defeitos congênitos, natimorto, nascimento prematuro ou morte neonatal • Alguns agentes podem elevar riscos de câncer ou outras doenças e problemas de saúde para a mulher ou a criança na vida futura • Alguns agentes podem causar sangramento anormal, problemas de coagulação sanguínea ou complicações no parto • A mulher pode transmitir uma infecção sem que ela própria experimente sintomas |
| Agentes químicos | Produtos químicos, compostos químicos ou produtos químicos intermediários em qualquer forma, incluindo: <ul style="list-style-type: none"> • produtos químicos que são ou podem ser cancerígenos, teratogênicos ou mutagênicos ou tóxicos para a reprodução em qualquer estágio • alguns metais pesados (por exemplo, mercúrio e chumbo) • algumas drogas • substâncias químicas nocivas que podem ser absorvidas pela pele, engolidas ou inaladas (por exemplo, pesticidas ou fumaça de tabaco) • produtos químicos desreguladores endócrinos | <p>Antes da concepção: Distúrbios menstruais; baixa contagem de espermatozoides, infertilidade ou esterilidade; redução da libido ou impotência; danos aos órgãos reprodutores femininos e masculinos; danos genéticos irreversíveis no esperma e nos óvulos que provocam doenças ou defeitos congênitos, aborto ou natimorto</p> <p>Na concepção: Dificuldades para conceber uma criança</p> <p>Durante a gravidez: Aborto, natimorto, câncer, doença, doenças congênitas e/ou problemas de desenvolvimento</p> <p>Na criança: no parto, no pós-parto ou durante a amamentação:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Nascimento prematuro, morte neonatal, baixo peso ao nascer ou problemas de desenvolvimento decorrentes dos efeitos tóxicos de substâncias que afetam o desenvolvimento intrauterino • Câncer na primeira infância devido à exposição prematura a efeitos de agentes cancerígenos • Efeitos tóxicos, incluindo problemas de desenvolvimento e alergias causados por substâncias transportadas pelo leite materno ou pela pele ou roupas de trabalho dos pais |
| Agentes físicos | <ul style="list-style-type: none"> • Radiação ionizante e não ionizante | Agentes físicos podem causar diferentes tipos de dano à mulher e ao filho. Alguns efeitos, |

tion to reality for all – module 8: health protection at the workplace. Disponível em: <<http://mprp.itcilo.org/allegati/en/m8.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2018.

| | | |
|--|---|---|
| | <ul style="list-style-type: none">• Impactos ou movimentos excessivos (por exemplo, choques, solavancos e vibrações)• Ruído• Extremos de calor ou frio (incluindo clima)• Atmosferas pressurizadas | <p>como aqueles decorrentes da prática de mergulho durante a gestação, podem ser sérios e colocar a vida em risco. Dependendo do agente e da natureza e do período de exposição, podem:</p> <ul style="list-style-type: none">• prejudicar gestante• ameaçar a saúde e a gravidez• causar lesões fetais ou outros danos• causar baixo peso ao nascer, aborto ou nascimento prematuro |
|--|---|---|

Estudo entabulado no ano de 2017 pelo médico e professor Marcelo Pustiglione evidencia, com base em literatura nacional e internacional, que agentes insalubres presentes no ambiente laboral podem desencadear, entre outros malefícios, estresse fetal, parto prematuro, restrição do crescimento intrauterino, malformações, alterações genéticas, aborto, redução da produção de leite, necessidade de interrupção do aleitamento, infecção da mulher, do feto e/ou da criança lactente e deficiências de desenvolvimento do recém-nascido:

DISCUSSÃO

Levando em conta os dados referidos nos quadros correspondentes aos seis ARO [agentes de risco ocupacional] considerados no campo de conhecimento da saúde ocupacional podemos observar que:

1. ARO de natureza física (Quadro 2): são referidos impactos no processo da gestação e no conceito; não há referência de impacto no lactente. Entretanto, existem algumas evidências que necessitam ser melhor estudadas sobre o aumento do risco de aborto espontâneo em gestantes expostas a radiações eletromagnéticas;
2. ARO de natureza química (Quadro 3): as substâncias químicas de uma forma em geral representam ARO que podem afetar tanto a gestação quanto o conceito e o lactente, a curto, médio e longo prazo;
3. ARO de natureza biológica (Quadro 4): foi observado fato semelhante, com a particularidade de poder estar incluída nessa relação a eventualidade de medicalização da gestante ou lactente, o que pode pôr em risco a gestação ou obrigar a suspensão do aleitamento;
4. ARO de natureza biomecânica (Quadro 5): não são relatados impactos no lactente;
5. ARO de natureza psicossocial e organizacional (Quadro 6): habitualmente negligenciado, esse ARO demonstra potencial de impacto não apenas na gestação, mas também no conceito e no lactente;
6. ARO de natureza acidental (Quadro 7): representam potencial de dano principalmente para a gestação e para o conceito; entretanto, a exposição acidental a material biológico potencialmente contaminado, evento frequente entre trabalhadores de serviços de saúde (especialmente o pessoal de enfermagem), pode obrigar (no caso do envolvimento do HIV, p.ex.) a suspensão do aleitamento, evidenciando assim importante impacto no lactente.

CONCLUSÕES

O estudo realizado, considerando o estágio atual de conhecimento, demonstra que os ARO de natureza química, biológica, psicossocial e organizacional, e acidental podem pôr em risco a gestação, o conceito e o lactente. Já os ARO de natureza física e biomecânica parecem não representar risco apenas no caso do lactente.

[...].⁴⁶

Se, por representar perigo à saúde humana, a exposição à insalubridade no ambiente de trabalho, em qualquer grau, não é recomendável em circunstâncias normais, com mais razão deve ser repelida quando se está diante da vida humana em formação e desenvolvimento. A importante função procriativa da mulher justifica e demanda seu afastamento de qualquer atividade laboral insalubre durante a gestação e a lactação, como ponderado por Mario de La Cueva ainda na década de 1960:

[...] la salud de la mujer está ligada al porvenir de la población en forma más íntima de lo que ocurre con el hombre, pues la mujer sana y robusta es la mejor garantía para el hogar y futuro de la raza; de ahí que sea preciso adoptar todas aquellas reglas que tiendan a asegurar su salud y que la protejan contra un trabajo excesivo y contra las posibles intoxicaciones en labores insalubres o peligrosas.⁴⁷

Atenta ao tema, em 2000 a OIT aprovou a Convenção 183,⁴⁸ que determina, em seu art. 3,⁴⁹ a adoção, pelos Estados-Membros, de providências necessárias ao afastamento de gestantes e lactantes de atividades laborais consideradas pela autoridade competente como prejudiciais à sua saúde ou à de seu filho. No mesmo ano, a Organização editou a Recomendação 191,⁵⁰ que sugere expressamente o pronto afastamento de gestantes e lactantes “*de todo trabajo que exponga a la mujer a agentes biológicos, químicos o físicos que puedan ser peligrosos para sus funciones reproductivas*”, mediante adoção das medidas previstas no subparágrafo 2 do art. 6 do diploma, quais sejam, i) eliminação do risco; ii) adaptação das condi-

46 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*. Disponível em: <<http://www.rbmt.org.br/details/260/pt-BR/trabalhadoras-gestantes-e-lactantes--impacto-de-agentes-de-risco-ocupacional--aro--no-processo-de-gestacao--no-concepto-e-no-lactente>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

47 CUEVA, Mario de La. *Derecho mexicano del trabajo*. 11. ed. México: Porrúa, 1969. v. 1, p. 900.

48 Ainda não ratificada pelo Brasil.

49 Artículo 3. Todo Miembro, previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar que no se obligue a las mujeres embarazadas o lactantes a desempeñar un trabajo que haya sido determinado por la autoridad competente como perjudicial para su salud o la de su hijo, o respecto del cual se haya establecido mediante evaluación que conlleva un riesgo significativo para la salud de la madre o del hijo.

50 Disponível em: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312529:NO>. Acesso em: 24 jul. 2018.

ções de trabalho; iii) transferência de função quando impossível a adaptação; e iv) concessão de licença remunerada quando impossível a transferência:

6.

(1) Los Miembros deberían tomar medidas para garantizar la evaluación de todo riesgo para la seguridad y la salud de la mujer embarazada o lactante y de su hijo en el lugar de trabajo. Los resultados de dicha evaluación deberían ser comunicados a la mujer interesada.

(2) En cualquiera de las situaciones enumeradas en el artículo 3 del Convenio o cuando haya sido determinada la existencia de un riesgo significativo, a tenor de lo dispuesto en el subpárrafo 1), deberían adoptarse medidas para que, bajo presentación de un certificado médico, se ofrezcan las opciones siguientes: (a) la eliminación del riesgo; (b) la adaptación de sus condiciones de trabajo; (c) el traslado a otro puesto, sin pérdida de salario, cuando dicha adaptación no sea posible, o (d) una licencia remunerada otorgada de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, cuando dicho traslado no sea realizable.

(3) **Deberían adoptarse las medidas previstas en el subpárrafo 2) en particular cuando se trate de:** (a) todo trabajo penoso que obligue a levantar, cargar, empujar o tirar de cargas manualmente; (b) **todo trabajo que exponga a la mujer a agentes biológicos, químicos o físicos que puedan ser peligrosos para sus funciones reproductivas;** (c) todo trabajo que exija particularmente un sentido del equilibrio; (d) todo trabajo que requiera un esfuerzo físico por exigir que la mujer permanezca sentada o de pie durante largos períodos o por exponerla a temperaturas extremas o a vibraciones.

(4) Una mujer embarazada o lactante no debería estar obligada a realizar trabajos nocturnos si un certificado médico establece que ese trabajo es incompatible con su estado.

(5) La mujer debería conservar el derecho a reincorporarse a su trabajo o a un trabajo equivalente tan pronto ello deje de encerrar un riesgo para su salud.

(6) La mujer debería poder ausentarse de su trabajo, cuando corresponda, después de notificar a su empleador, con la finalidad de realizar controles médicos relativos a su embarazo [*sem destaques no original*].

Destarte, o contexto normativo protetivo da saúde, da maternidade e da infância aponta para o afastamento imediato de trabalhadoras gestantes e lactantes de atividades insalubres em qualquer grau. Condicionar tal afastamento à prévia apresentação de atestado médico, como procede a norma impugnada nesta ação direta, é medida desarrazoada que, além de ofender os comandos constitucionais tuitivos, toma o trabalho inseguro como bem jurídico, legitimando-o e, em certo ponto, superestimando-o.

Em verdade, a própria noção de obtenção de certificação médica quanto à segurança da exposição a agentes insalubres soa paradoxal. O risco é ínsito à insalubridade (CLT, art. 189), e, por isso, parece inconcebível que um trabalho em ambiente insalubre possa ser considerado livre de riscos para algum trabalhador, mais ainda tratando-se de gestantes e lactantes.

Não obstante tal reflexão, é certo que o art. 394-A–II e III da CLT serve ao estímulo da permanência de gestantes e lactantes em atividades prejudiciais à sua saúde e à de seu filho, pois inúmeras razões podem levá-las a não buscar auxílio médico no sentido do afastamento condicionado previsto pela norma. Citem-se, por exemplo: o desconhecimento da norma asseguradora do direito ao afastamento; a desinformação quanto aos riscos da exposição a agentes insalubres durante a gestação e a lactação; as possíveis pressões do empregador em sentido contrário ao do afastamento; o medo da substituição da mão de obra, do desemprego ou do isolamento; a falta de apoio do empregador, da família e da sociedade; e a precariedade da saúde pública ou a falta de recursos para a realização de consulta médica particular.

Mesmo que a trabalhadora encoraje-se a buscar orientação médica, isso não representará garantia de proteção para a mulher e para o feto ou a criança. O médico procurado poderá não ter conhecimento específico sobre a matéria, principalmente se não for especializado em medicina do trabalho; sem contar que, para se atestar a segurança da exposição à insalubridade (o que, de antemão, parece impossível, como já sustentado), seria necessária verdadeira perícia no local de trabalho, não apenas consulta médica. Nessa linha são as ponderações de Raimundo Simão de Melo:

Em primeiro lugar, **questiona-se se os atestados médicos serão mesmo garantia de proteção para a mulher e o feto, porque o médico pode não ter o conhecimento específico necessário sobre segurança no trabalho e não ir examinar o local de trabalho.** É certo que o profissional médico que emitir um atestado afirmando que a mulher poderá trabalhar em local insalubre sem risco para ela e para o nascituro estará assumindo grande responsabilidade, inclusive no âmbito civil e penal. [...] Para fazer isso com alguma segurança, o médico terá que examinar o ambiente de trabalho e ouvir as duas partes e colegas de trabalho da mulher [*ênfase acrescida*].⁵¹

Ora, se não há respostas apriorísticas confiáveis quanto à segurança da exposição de trabalhadoras a agentes insalubres durante a gestação e a lactação, como o reconhecido pelo próprio Poder Executivo, a observância dos princípios da precaução e do nível mais elevado de proteção aos direitos fundamentais, a regra – como procedimento padrão – deveria ser afastamento imediato de atividades de risco, independentemente do grau da insalubridade (como determinava o art. 394-A da CLT, em sua redação original), como medida profilática (*ad cautelam*).

51 MELO, Raimundo Simão de. Reforma erra ao permitir atuação de grávida e lactante em local insalubre. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9.ª Região*, Curitiba, PR, v. 6, n. 61, p. 180-181, jul./ago. 2017.

Ao contrário do que propõe a norma impugnada, o retorno ao ambiente insalubre, se for o caso, é que deve suceder avaliação médica e/ou pericial que porventura conclua pela segurança da atividade. Não condiz com as normas constitucionais esperar que a trabalhadora e o feto ou a criança lactente suportem o risco enquanto se perquire a nocividade ou não da atividade, mormente porque, caso confirmada a nocividade (que é inerente à insalubridade, como frisado), efeitos deletérios poderão já ter sido produzidos.

Percebe-se que o art. 394-A–II e III da CLT, com a redação dada pela Lei 13.467/2017, afasta a obrigação do empregador de prover condições adequadas de trabalho à gestante e à lactante, bem como a de manter a incolumidade do meio ambiente de trabalho. Transfere indevidamente para a empregada (parte mais frágil da relação jurídica) e para o médico (profissional alheio ao contrato de trabalho), personagens não sujeitos ao princípio da alteridade (CLT, art. 2.^o⁵²), responsabilidade que lhe cabe por força de sua submissão não só ao complexo normativo protetivo da maternidade e da infância, mas também às normas de saúde, higiene e segurança ocupacional.

É de ter em mente que a Constituição confere à livre-iniciativa função promocional de direitos fundamentais e proclama a função social da propriedade como princípio da ordem econômica (arts. 1.^o–IV, 5.^o–XXIII, 170–III e 193). Essa afetação constitucional da livre-iniciativa e da propriedade por uma função social impõe que, no processo de produção, o trabalhador seja preservado em sua integridade física e psíquica (arts. 6.^o, 7.^o–XXII, 196 e 225), o que consubstancia direito fundamental indisponível no qual se projeta a dignidade da pessoa humana (art. 1.^o–III), fundamento axiológico do Estado Democrático de Direito.⁵³

Lei compatível com a Constituição deve buscar prioritariamente a eliminação ou a neutralização da insalubridade (art. 7.^o–XXII), dadas a relevância e a jusfundamentalidade dos direitos e bens jurídicos envolvidos. Como ponderado por Cléber Nilson Amorim Junior, vida, saúde e o próprio meio ambiente estão no âmbito de proteção das normas que tutelam o meio ambiente de trabalho:

Desse modo, é possível afirmar que a tutela do meio ambiente laboral encerra proteção a pelo menos três bens jurídicos tidos por fundamentais na Constituição Federal de 1988: vida, saúde e o próprio meio ambiente.

52 Art. 2.^o Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço (sem destaque no original).

53 ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 418.

O ambiente de trabalho seguro constitui direito fundamental dos trabalhadores. As normas a ele aplicáveis são dotadas de cogência absoluta e asseguram aos trabalhadores direitos indisponíveis ante o caráter social de que se revestem e o interesse público que os inspira [ênfase acrescida].⁵⁴

Pelo menos até o advento da Lei 13.467/2017, o ordenamento jurídico mantinha-se direcionado à eliminação ou à neutralização dos riscos e, assim, à preservação da incolumidade do meio ambiente de trabalho, o que se confirma pelo art. 191,⁵⁵ dispositivo cujo teor é reforçado pelo item 15.4⁵⁶ da NR 15. As normas de saúde, higiene e segurança ocupacional até então tratavam como excepcional o pagamento do adicional de insalubridade, por representar, em último termo, uma “patrimonialização” da saúde do trabalhador:

Cabe destacar também o subitem 15.4.1.1, que dispõe: Cabe à autoridade regional competente, em matéria de segurança e saúde do trabalhador, comprovada a insalubridade por laudo técnico de engenheiro de segurança do trabalho ou médico do trabalho, devidamente habilitado, fixar adicional devido aos empregados expostos à insalubridade quando impraticável sua eliminação ou neutralização.

Como depreende desse dispositivo, **a autoridade competente somente determinará o pagamento do adicional, quando impraticável for sua eliminação ou neutralização, isto é, quando a insalubridade for inerente à atividade [sem destaques no original].⁵⁷**

Por isso, a doutrina é mesmo crítica à existência do adicional de insalubridade como espécime de salário, porquanto seu pagamento incentiva a exposição ao risco, deixando em segundo plano (para as partes do contrato de trabalho) o objetivo maior da lei, como ponderado por Arnaldo Süssekind:

Mas o objetivo da lei, nem sempre observado, é a eliminação ou neutralização da insalubridade, seja pela adoção de medidas de engenharia que conservem o ambiente de traba-

54 AMORIM JUNIOR, Cléber Nilson. *Segurança e saúde no trabalho: princípios norteadores*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 41.

55 Art. 191. A eliminação ou a neutralização da insalubridade ocorrerá: I – com a adoção de medidas que conservem o ambiente de trabalho dentro dos limites de tolerância; II – com a utilização de equipamentos de proteção individual ao trabalhador, que diminuam a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância. Parágrafo único. Caberá às Delegacias Regionais do Trabalho, comprovada a insalubridade, notificar as empresas, estipulando prazos para sua eliminação ou neutralização, na forma deste artigo.

56 15.4. A eliminação ou neutralização da insalubridade determinará a cessação do pagamento do adicional respectivo. 15.4.1 A eliminação ou neutralização da insalubridade deverá ocorrer: a) com a adoção de medidas de ordem geral que conservem o ambiente de trabalho dentro dos limites de tolerância; b) com a utilização de equipamento de proteção individual. 15.4.1.1 Cabe à autoridade regional competente em matéria de segurança e saúde do trabalhador, comprovada a insalubridade por laudo técnico de engenheiro de segurança do trabalho ou médico do trabalho, devidamente habilitado, fixar adicional devido aos empregados expostos à insalubridade quando impraticável sua eliminação ou neutralização. 15.4.1.2 A eliminação ou neutralização da insalubridade ficará caracterizada através de avaliação pericial por órgão competente, que comprove a inexistência de risco à saúde do trabalhador.

57 SALIBA, Tuffi Messias; CORRÊA, Márcia Angelim Chaves. *Insalubridade e periculosidade: aspectos técnicos e práticos*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 42.

lho dentro dos limites de tolerância, seja com a utilização de equipamentos de proteção individual, que reduzam a intensidade do agente agressivo aos mencionados limites (art. 191). A empresa é obrigada a fornecer tais equipamentos gratuitamente aos empregados, os quais devem usá-los, sob pena de praticarem ato faltoso, ensejador de penalização (art. 158).

Como advertiu Camille Simonin, “**o adicional dito de insalubridade é imoral e desumano; é uma espécie de adicional do suicídio; ele encoraja os mais temerários a arriscar a saúde para aumentar seu salário; é contrário aos princípios da Medicina do Trabalho e à Declaração dos Direitos do Homem**” [ênfase acrescida].⁵⁸

O art. 394-A–II e III da CLT enaltece a negligência patronal na tomada de providências para eliminação ou neutralização da insalubridade, sobrepondo o pagamento do adicional à saúde e à segurança do meio ambiente de trabalho, e isso é evidenciado pela redação do *caput*.⁵⁹ O legislador acabou por legitimar a submissão das trabalhadoras a agentes nocivos (e o que é pior, durante a gestação e a lactação), absorvido pela cultura da “monetização do risco”:

Até recentemente as discussões no Direito do Trabalho, quanto à insalubridade, estavam voltadas para o direito ao recebimento do adicional – monetização do risco – e não para o bem mais valioso e principal que é a saúde de quem trabalha. [...] Percebe-se agora que o pagamento do adicional de insalubridade acabou se transformando num permissivo institucionalizado para expor o trabalhador ao agente nocivo. Para a empresa mostrou-se menos dispendioso pagar o adicional do que realizar os investimentos para tornar o ambiente de trabalho saudável.⁶⁰

O empregador provavelmente não se esforçará para reduzir riscos se há expressa autorização legal para a exigência de trabalho de gestantes e lactantes em ambiente insalubre. Não bastasse negar às trabalhadoras a necessária proteção especial ao impedir seu imediato afastamento de atividades insalubres, independentemente do grau da insalubridade, a norma impugnada presta o desserviço de desestimular a redução dos riscos laborais, ao alvedrio do art. 7.º–XXII da Carta Magna, incorrendo em verdadeira inversão de valores.

Fato é que, se os efeitos nocivos do agente insalubre presente no ambiente laboral são passíveis de eliminação ou neutralização por meio da adoção de medidas administrativas ou do uso de equipamentos de proteção, a insalubridade pode e deve ser eliminada ou neutralizada de maneira definitiva, inclusive com cessação do pagamento do adicional de insalubridade. A extinção do risco, mesmo que mais dispendiosa para o empregador, é a orientação emanada da

58 SÜSSEKIND, Arnaldo [et al.]. *Instituições de direito do trabalho*. 21. ed. São Paulo: LTr, 2003. v. 2, p. 925.

59 Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de: [...].

60 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 197.

Constituição e das normas infraconstitucionais, expressas em tal sentido, não só em benefício da saúde de trabalhadoras gestantes ou lactantes, mas da de todos os trabalhadores.

Por outro lado, se os efeitos prejudiciais são insuscetíveis de eliminação ou neutralização por ser a insalubridade inerente à atividade desempenhada,⁶¹ a exposição ao risco é inevitável. Somente nessa hipótese – em que o risco efetivamente não pode ser evitado – é que se mostram verdadeiramente legítimos a transferência de função ou o licenciamento previdenciário de gestantes e lactantes, conforme exigir a situação concreta, nos moldes do novel art. 394-A–§3.⁶² da CLT.

É bem verdade que a Lei 13.467/2017 trouxe solução para questão nebulosa quando da inserção, em 2016, do art. 394-A na CLT – qual seja, previsão do afastamento previdenciário da trabalhadora quando inexistente atividade salubre na empresa (§3.º) –, solução esta, em princípio,⁶³ compatível com a Constituição ante o compromisso inarredável do Estado com a efetivação dos direitos fundamentais envolvidos. De resto, contudo, consoante o que foi até aqui exposto, a redação atribuída ao dispositivo legal contrariou a Carta Magna e rumou na contramão da trajetória evolutiva dos direitos fundamentais sociais.

A higidez da saúde da gestante, da lactante, do nascituro e da criança lactente é direito fundamental, assim como são fundamentais os direitos ao trabalho, à proteção do mercado de trabalho da mulher, à redução dos riscos laborais e ao meio ambiente de trabalho saudável (Constituição, arts. 6.º, 7.º–XX e XXII, 196, 225 e 227). Reveste-se de fundamentalidade material, por conseguinte, o direito das mulheres ao trabalho em ambiente salubre enquanto durarem a gestação e a lactação, direito que era assegurado de maneira incondicionada pelo art. 394-A da CLT em sua redação original.

O art. 394-A–II e III da CLT, com redação dada pela Lei 13.467/2017, ao subtrair de trabalhadoras (e seus filhos) direito social materialmente fundamental até então afirmado por lei, negou vigência ao art. 7.º–*caput*⁶⁴ da Constituição e incidiu em retrocesso social, em

61 É o que ocorre, por exemplo, com a insalubridade por contato com agentes biológicos que ensejam risco de contágio.

62 Art. 394-A. [...] §3.º Quando não for possível que a gestante ou a lactante afastada nos termos do *caput* deste artigo exerça suas atividades em local salubre na empresa, a hipótese será considerada como gravidez de risco e ensejará a percepção de salário-maternidade, nos termos da Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991, durante todo o período de afastamento.

63 Por óbvio, a responsabilização do Estado só será razoável se a insalubridade, no ambiente laboral, for inerente à atividade, não decorrente de negligência patronal na adoção de medidas para eliminação ou neutralização do risco.

64 Art. 7.º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, **além de outros que visem à melhoria de sua condição social**: [...] [*sem destaques no original*].

fraude à Lei Maior. É o que se extrai da doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet, que, discorrendo sobre o princípio da vedação do retrocesso, realça a vinculação do legislador “ao núcleo essencial já concretizado na esfera dos direitos sociais e das imposições constitucionais em matéria de justiça social”:⁶⁵

Valendo-nos aqui da lição de Jorge Miranda [...], o legislador não pode simplesmente eliminar as normas (legais) concretizadoras de direitos sociais, pois isto equivaleria a subtrair às normas constitucionais a sua eficácia jurídica, já que o cumprimento de um comando constitucional acaba por converter-se em uma proibição de destruir a situação instaurada pelo legislador. Em outras palavras, mesmo tendo em conta que o “espaço de prognose e decisão” legislativo seja efetivamente sempre variável, ainda mais no marco dos direitos sociais, não se pode admitir que em nome da liberdade de conformação do legislador o valor jurídico dos direitos sociais, assim como a sua própria fundamentalidade, acabem sendo esvaziados.

Além disso, mediante a supressão pura e simples do próprio núcleo essencial legislativamente concretizado de determinado direito social (especialmente dos direitos sociais vinculados ao mínimo existencial) estará sendo afetada, em muitos casos, a própria dignidade da pessoa, o que desde logo se revela inadmissível [...].⁶⁶

O Ministro Celso de Mello, em seu voto no julgamento da ADI 3.105/DF, registrou que, em matéria de direitos fundamentais de caráter social, o princípio da proibição do retrocesso “impede que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive”:

Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional, impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto nas hipóteses [...] em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais.⁶⁷

O Ministro Roberto Barroso, no recente julgamento do RE 878.694/MG, de sua relatoria, enfatizou o caráter cogente do princípio da vedação do retrocesso, que obsta a atuação do legislador na direção da redução do grau de concretização dos direitos fundamentais:

[...] Trata-se de princípio constitucional implícito, extraído dos princípios do Estado Democrático de Direito, da dignidade da pessoa humana e da máxima efetividade dos direitos fundamentais (art. 5.º, §1.º), que impede a retirada de efetividade das normas constitucionais. Entende-se que a Constituição estabelece para o legislador a obrigação

65 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 444.

66 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 444.

67 STF. ADI 3.105/DF, Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator p/ acórdão Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno. *DJ*, 18 fev. 2005, p. 4.

de concretizar, por meio da legislação, os direitos fundamentais estabelecidos no texto constitucional. Como resultado, quando o legislador tenha cumprido tal função, impede-se tanto que (i) possa revogar tais concretizações sem aprovar legislação substitutiva, de modo a aniquilar a proteção constitucional conferida ao direito, quanto que (ii) possa editar legislação substitutiva que limite ou reduza, de forma arbitrária ou desproporcional, o grau de concretização do direito fundamental anteriormente em vigor.⁶⁸

O legislador ordinário, ao alterar a redação do art. 394-A da CLT para autorizar o trabalho de gestantes e lactantes em condições insalubres, antes proibido, sem dúvida promoveu redução arbitrária e injustificada do nível de proteção à vida, à saúde, à maternidade, à infância e ao trabalho em condições dignas e seguras. Isso acentua a já revelada mácula à Constituição, na hipótese.

Além de incidir em retrocesso social, a conduta do legislador ordinário ofende o princípio da proporcionalidade em sua dimensão positiva, como vedação à proteção insuficiente, que impõe ao Estado (no particular, ao Poder Legislativo) o dever de tutelar de maneira ótima os direitos fundamentais. Sobre tal princípio, discorreu o Ministro Roberto Barroso em seu voto proferido no RE 878.694/MG, salientando que “o Estado também viola a Constituição [...] quando não atua de modo adequado e satisfatório para proteger bens jurídicos relevantes”:

O princípio da proporcionalidade, tal como é hoje compreendido, não possui apenas uma dimensão negativa, relativa à *vedação do excesso*, que atua como limite às restrições de direitos fundamentais que se mostrem inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais em sentido estrito. Ele abrange, ainda, uma dimensão positiva, referente à *vedação à proteção estatal insuficiente* de direitos e princípios constitucionalmente tutelados. A ideia nesse caso é a de que o Estado também viola a Constituição quando deixa de agir ou quando não atua de modo adequado e satisfatório para proteger bens jurídicos relevantes. Tal princípio tem sido aplicado pela jurisprudência desta Corte em diversas ocasiões para afastar a incidência de normas que impliquem a tutela deficiente de preceitos constitucionais.⁶⁹

O Ministro Gilmar Mendes, com base na doutrina e na jurisprudência constitucional alemãs, também tratou da proibição da proteção deficiente dos direitos fundamentais no julgamento do HC 102.087/MG, em que foi relator para o acórdão:

Assim, na dogmática alemã, é conhecida a diferenciação entre o princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). No primeiro caso, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais como proibições de intervenção. **No segundo, a consideração dos direitos fun-**

68 STF. RE 878.694/MG, Relator Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno. *DJe* un. 21, 6 fev. 2018.

69 STF. RE 878.694/MG, Relator Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno. *DJe* un. 21, 6 fev. 2018.

damentais como imperativos de tutela (Canaris) imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada. O ato não será adequado caso não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo for inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção [*ênfase acrescida*].⁷⁰

O art. 394-A–II e III da CLT, embora admita o afastamento de gestantes e lactantes de ambientes laborais insalubres, o faz de maneira condicionada e diferida, o que, sob vários aspectos, impede a efetivação dos direitos fundamentais envolvidos, como revelado. A (suposta) proteção – ou melhor, desproteção – que encerra não atende à urgência reclamada pela situação de vulnerabilidade da trabalhadora gestante ou lactante, nem condiz com a relevância dos bens jurídicos em questão (vida, saúde, maternidade, infância e trabalho digno e seguro).

Registre-se, por fim, que a norma impugnada contraria também o princípio constitucional da isonomia (arts. 3.º–III e 5.º–I), na medida em que desconsidera as desigualdades que devem ser sopesadas para que seja possível estabelecer igualdade material ou substancial, inclusive no contexto da empregabilidade (arts. 7.º–XX e 170–VIII; Convenção 111 da OIT). Eis as ponderações do Ministro Luiz Fux sobre tal princípio, extraídas da ementa do acórdão proferido no RE 640.905/SP, de sua relatoria:

1. O princípio da isonomia [...] não se resume ao tratamento igualitário em toda e qualquer situação jurídica, mas, também, na implementação de medidas com o escopo de minorar os fatores discriminatórios existentes, impondo, por vezes, tratamento desigual em circunstâncias específicas e que militam em prol da igualdade. 2. A isonomia sob o ângulo da desigualação reclama correlação lógica entre o fator de discrimen e a desequiparação procedida que justifique os interesses protegidos na Constituição (adequada correlação valorativa). [...].⁷¹

Na lição de Boaventura de Sousa Santos, “temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza”.⁷² As peculiaridades dos períodos de gestação e lactação justificam trata-

70 STF. HC 102.087/MG, Relator Ministro Celso de Mello; Relator p/ acórdão Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma. *DJe* un. 159, 14 ago. 2012. O tema foi tratado *ex professo* por: CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Almedina: Coimbra, 2017. p. 912 e ss. (Coleção Teses).

71 STF. RE 640.905/SP, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno. *DJe* un. 18, 1.º fev. 2018.

72 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 56.

mento normativo diferenciado da mulher que trabalha, e esse tratamento reproduz a vontade da própria Constituição, como bem salienta Maurício Godinho Delgado:

É evidente que a Constituição não inviabiliza tratamento diferenciado à mulher *enquanto mãe*. A *maternidade* recebe normatização especial e privilegiada pela Constituição de 1988, autorizando condutas e vantagens superiores ao padrão deferido ao homem – e mesmo à mulher que não esteja vivenciando a situação de gestação e recente parto. É o que resulta da leitura combinada de diversos dispositivos, como o art. 7.º, XVIII (licença à gestante de 120 dias), art. 226 (preceito valorizador da família) e das inúmeras normas que buscam assegurar um padrão moral e educacional minimamente razoável à criança e adolescente (contidos no art. 227, CF/88, por exemplo).

De par com isso, *qualquer situação que envolva efetivas considerações e medidas de saúde pública* (e o período de gestação e recente parto assim se caracterizam) *permite tratamento normativo diferenciado*, à luz do critério jurídico valorizado pela própria Constituição da República. Note-se, ilustrativamente, a esse respeito, o art. 196 que firma ser a saúde “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos...”; ou o art. 197, que qualifica como de “relevância pública as ações e serviços de saúde...”, além de outros dispositivos, como artigos 194, 200, I e 7.º, XXII, CF/88.⁷³

A pretexto de fomentar igualdade nas atividades desenvolvidas em ambientes insalubres (como se trabalho inseguro fosse bem jurídico e como se a insalubridade não devesse, prioritariamente, ser eliminada ou neutralizada pelo empregador em prol de todos os trabalhadores), o art. 394-A–II e III da CLT desconsidera a desigualdade das gestantes e lactantes (materializada em sua maior vulnerabilidade) e, assim, pode servir à privação de seu direito ao trabalho. Trabalhadora que, por alguma razão, até mesmo pela formação inespecífica do médico, não obtiver o atestado a que faz menção a norma, sem opções na empresa e desprotegida pela lei, poderá se ver forçada a se desligar do emprego pelo simples fato de zelar pela saúde própria e de seu filho, e isso contraria toda a lógica constitucional antidiscriminatória protetiva da mulher e de seu mercado de trabalho.

Em face de todo o exposto, vislumbrada, por vários ângulos, contrariedade à Constituição, impõe-se a procedência do pedido. Opina-se pela declaração da inconstitucionalidade (com redução do texto) da expressão “quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento”, constante dos incisos II e III do art. 394-A da CLT, com a redação dada pela Lei 13.467/2017.

Por fim, vislumbra-se a presença dos requisitos autorizadores de medida cautelar suspensiva da eficácia das normas impugnadas, na forma do art. 10 da Lei 9.868/1999, tendo

73 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 867-868.

em conta o risco de grave prejuízo à saúde que a aplicação do dispositivo impugnado enseja às trabalhadoras gestantes e lactantes e seus respectivos fetos ou filhos latentes.

IV

Pelo exposto, opino preliminarmente pela redistribuição desta ADI por prevenção ao Relator da ADI 5.605/DF; pela concessão de prazo à requerente para regularização do instrumento de mandato e pela extração dos autos da petição de fls. 125/132 e respectivos documentos.

No mérito, opino pela concessão de medida liminar suspensiva da eficácia das normas reputadas inconstitucionais, até decisão final de mérito, e pela procedência do pedido.

Brasília, 18 de dezembro de 2018.

Raquel Elias Ferreira Dodge
Procuradora-Geral da República