

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.938 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. ALEXANDRE DE MORAES
REQTE.(S) : CONFEDERACAO NACIONAL DOS
TRABALHADORES METALURGICOS
ADV.(A/S) : CARLOS GONCALVES JUNIOR E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE. : SINDICATO DOS EMPREGADOS EM
ESTABELECIMENTOS DE SERVIÇOS DE SAÚDE DE
BELO HORIZONTE - SINDEESS
ADV.(A/S) : ELLEN MARA FERRAZ HAZAN E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : CENTRAL DOS SINDICATOS BRASILEIROS - CSB
ADV.(A/S) : JACQUELINE AMARILIO DE SOUSA
AM. CURIAE. : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE - CNS
ADV.(A/S) : MARCOS VINICIUS BARROS OTTONI
AM. CURIAE. : CENTRAL UNICA DOS TRABALHADORES-CUT
ADV.(A/S) : JOSE EYMARD LOGUERCIO

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

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

2. A Constituição Federal proclama importantes direitos em seu artigo 6º, entre eles a proteção à maternidade, que é a *ratio* para inúmeros outros direitos sociais instrumentais, tais como a licença-gestante e o

ADI 5938 / DF

direito à segurança no emprego, a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei, e redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

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

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

5. Ação Direta julgada procedente.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.938 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR): Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos em face da expressão “quando apresentar atestado de saúde emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento” do art. 394-A, II e III, da Consolidação das Leis do Trabalho, introduzido pelo art. 1º da Lei 13.467/2017, com o seguinte teor (expressões impugnadas em negrito):

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; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

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.

Aduz a Autora que a norma em questão vulneraria dispositivos constitucionais sobre proteção à maternidade, à gestante, ao nascituro e ao recém-nascido (arts. 6º, 7º, XXXIII, 196, 201, II, e 203, I, todos da Constituição Federal); violaria a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV, da CF) e o objetivo fundamental da República de erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III, da CF); desprestigiaria a valorização do trabalho humano e não asseguraria a existência digna (art. 170 da CF); afrontaria a ordem social brasileira e o primado do trabalho,

ADI 5938 / DF

bem-estar e justiça sociais (art. 193 da CF); e vulneraria o direito ao meio ambiente do trabalho equilibrado (art. 225 da CF). Além dos preceitos constitucionais citados, aponta violação do princípio da proibição do retrocesso social.

Assiste razão à autora, sendo inconstitucional a norma impugnada, que diminui a tutela de direitos sociais indisponíveis.

As normas impugnadas expõem as empregadas gestantes a atividades insalubres de grau médio ou mínimo e as empregadas lactantes a atividades insalubres de qualquer grau. Impõem, ainda, às empregadas o ônus de apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação ou a lactação, como condição para o afastamento.

A Constituição Federal proclama importantes direitos em seu artigo 6º, entre eles a proteção à maternidade, que é a *ratio* para inúmeros outros direitos sociais instrumentais, tais como a licença-gestante, o direito à segurança no emprego, que compreende a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa da gestante e, nos incisos XX e XXII do artigo 7º, a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei, e redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

Sob essa ótica, a proteção da mulher grávida ou da lactante em relação ao trabalho insalubre caracteriza-se como importante direito social instrumental protetivo tanto da mulher, quanto da criança, pois a *ratio* das referidas normas não só é salvaguardar direitos sociais da mulher, mas também efetivar a integral proteção ao recém-nascido, possibilitando sua convivência integral com a mãe, nos primeiros meses de vida, de maneira harmônica e segura e sem os perigos de um ambiente insalubre, consagrada, com absoluta prioridade, no artigo 227 do texto constitucional, como dever inclusive da sociedade e do empregador.

A imprescindibilidade da máxima eficácia desse direito social, *proteção à maternidade*, portanto, também decorre da absoluta prioridade que o art. 227 do texto constitucional estabelece de *integral proteção à*

ADI 5938 / DF

criança, inclusive, ao recém-nascido. Na presente hipótese, temos um direito de dupla titularidade

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

Dessa maneira, entendo que as expressões impugnadas não estão em consonância com os dispositivos constitucionais supramencionados, os quais representam não apenas normas de proteção à mulher gestante ou lactante, mas também ao nascituro e recém-nascido lactente.

A previsão de determinar o afastamento automático da mulher gestante do ambiente insalubre, enquanto durar a gestação, somente no caso de insalubridade em grau máximo, em princípio, contraria a jurisprudência da CORTE que tutela os direitos da empregada gestante e lactante, do nascituro e do recém-nascido lactente, em quaisquer situações de risco ou gravame à sua saúde e bem-estar.

A jurisprudência deste SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, aliás, reconhece a importância da proteção à maternidade e à saúde, como verificado no julgamento do RE 629.053, sob o regime de repercussão geral, cujo entendimento ficou assim firmado: A incidência da estabilidade prevista no art. 10, inciso II, do ADCT somente exige a anterioridade da gravidez à dispensa sem justa causa, independentemente de prévio conhecimento ou comprovação.

Naquele julgamento (Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Relator p/ Acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, DJe de 27/2/2019), consignei que o conjunto dos Direitos sociais foi consagrado constitucionalmente como uma das espécies de direitos fundamentais, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.

ADI 5938 / DF

Nessa linha de proteção à maternidade, igualmente, ao apreciar o tema 973 de repercussão geral (RE 1.058.333, Rel. Min. LUIZ FUX, julgamento em 21/11/2018), a CORTE fixou ainda a seguinte tese: *É constitucional a remarcação do teste de aptidão física de candidata que esteja grávida à época de sua realização, independentemente da previsão expressa em edital do concurso público.*

A inconstitucionalidade consiste no fato de as expressões impugnadas permitirem a exposição de empregadas grávidas e lactantes a trabalho em condições insalubres. Mesmo em situações de manifesto prejuízo à saúde da trabalhadora, por força do texto impugnado, será ônus desta a demonstração probatória e documental dessa circunstância, o que obviamente desfavorece a plena proteção do interesse constitucionalmente protegido, na medida em que sujeita a trabalhadora a maior embaraço para o exercício de seus direitos.

Não procede o argumento *ad terrorem* de que a declaração de inconstitucionalidade poderia acarretar retração da participação da mulher no mercado de trabalho. Eventuais discriminações serão punidas nos termos da lei, e o próprio texto constitucional determina, de maneira impositiva, a “proteção ao mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei” (CF, art. 7º, XX).

O afastamento do ambiente ou atividade insalubre, quando não for possível eliminar a insalubridade, ocorrerá no período de gravidez e nos períodos de lactação no ambiente de trabalho superiores a 6 (seis) meses, uma vez que dois terços do período de amamentação, que é de seis meses, nos termos do artigo 396 da CLT, são praticamente absorvidos pela licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, garantida no art. 7º, VIII, da Constituição. Se a empresa ou entidade pública empregadora aderir ao Programa Empresa Cidadã, criado pela Lei 11.770, de 9 de setembro de 2008, que garante a ampliação da licença para 180 (cento e oitenta) dias, mediante subsídio fiscal, o período legal de amamentação no ambiente de trabalho será integralmente absorvido pela licença-maternidade.

Observe-se, ainda, que não há que se falar em ônus excessivo ao

ADI 5938 / DF

empregador, pois a lei impugnada afastou do empregador o ônus financeiro referente ao adicional de insalubridade da empregada gestante ou lactante afastada de suas atividades ou deslocada para atividade salubre, ao estabelecer, no § 2º do art. 394-A, que cabe à empresa pagar o adicional de insalubridade à gestante ou à lactante, efetivando-se a compensação, observado o disposto no artigo 248 da Constituição Federal, por ocasião do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço.

Diante da impossibilidade de realocação da empregada em local salubre, o § 3º do art. 394-A da lei determina que a hipótese será considerada como gravidez de risco e ensejará a percepção de salário-maternidade, nos termos da Lei 8.213/1991, durante todo o período de afastamento.

Como esclarecem MAURÍCIO GODINHO DELGADO e GABRIELA NEVES DELGADO:

“naturalmente que esse salário-maternidade, mesmo sendo pago à empregada afastada na filha salarial mensal da empresa empregadora, ficará sob ônus efetivo do INSS, mediante a compensação mensal desse custo, pelo empregador, no conjunto dos recolhimentos previdenciários feitos mensalmente pela empresa”. (A Reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017, São Paulo, LTr, 2018, p. 155).

Ante o exposto, CONHEÇO da presente ação direta, CONFIRMO A MEDIDA CAUTELAR e JULGO PROCEDENTE a presente ação, para declarar a inconstitucionalidade da expressão “quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento”, contida nos incisos II e III do art. 394-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), inseridos pelo art. 1º da Lei 13.467/2017.

É o voto.