

29/05/2019

PLENÁRIO

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

ADI 5938 / DF

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

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

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

5. Ação Direta julgada procedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Plenário, sob a Presidência do Senhor Ministro DIAS TOFFOLI, em conformidade com a ata de julgamento e as notas taquigráficas, por maioria, acordam em confirmar a medida cautelar e julgar procedente o pedido formulado na ação direta 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, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio.

ADI 5938 / DF

Brasília, 29 de maio de 2019.

Ministro ALEXANDRE DE MORAES

Relator

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**

RELATÓRIO

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**

ADI 5938 / DF

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 postulante que a norma em questão vulneraria dispositivos constitucionais sobre proteção à maternidade, à gestante, ao nascituro e ao recém-nascido (art. 6º, 7º, XXXIII, 196, 201, II, e 203, I); 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, 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.

Por despacho datado de 8/5/2018, adotei o rito do art. 12 da Lei 9.868/1999.

Em suas informações, a Câmara dos Deputados (peça 14, pet. 30.222/2018) informou que a norma impugnada foi processada *dentro dos estritos trâmites constitucionais e regimentais*.

A Presidência da República (peça 19, pet. 33.162/2018) prestou informações, em que aponta incongruências nos argumentos da postulante, pois o benefício do adicional de insalubridade é garantido às gestantes e lactantes mesmo que sejam afastadas da área de trabalho de risco, não havendo, como teria insinuado a proponente, uma possibilidade de perda da remuneração que levaria mulheres a deixarem de procurar o médico, pondo em risco a si mesmas e a seus descendentes. Estaria incorreta, ainda, a tese de que todo trabalho com grau de insalubridade apresenta risco à mulher. O risco à gestante ou lactante demandaria análise das condições atinentes a cada caso, segundo

ADI 5938 / DF

informações prestadas pelo Ministério do Trabalho.

O Senado Federal, embora regularmente notificado para prestar informações, não se manifestou (peça 20).

A Advogada-Geral da União (peça 28, pet. 44.510/2018) manifestou-se, preliminarmente, pelo conhecimento parcial da ação ante a irregularidade das procurações, que só se prestariam à impugnação do art. 394-A, II. No mérito, pugnou pela improcedência da ação. Primeiramente, em atenção ao argumentado pela Presidência da República, asseverou que o afastamento da gestante ou da lactante do exercício de atividades insalubres não implica supressão do adicional de insalubridade. O texto atual, propõe, seria mais benéfico à trabalhadora, ao evitar essa perda de rendimentos e proporcionar um melhor tratamento da mulher nas relações de trabalho, evitando a discriminação de mulheres na hora da contratação. Seria, pelo tanto, legítima opção legislativa. No que tange ao princípio da vedação do retrocesso social, postula não dever esse assumir uma feição absoluta, de verdadeira imutabilidade dos direitos e *imobilizar todo o sistema de proteção dos direitos*, devendo, em verdade, assegurar o núcleo essencial das garantias.

O Sindicato dos Empregados em Estabelecimento de Serviços de Saúde de Belo Horizonte, Caeté, Vespasiano e Sabará - SINDEESS e a Central dos Sindicatos Brasileiros - CSB foram admitidos no processo na qualidade de *amici curiae* (peça 45).

O processo foi liberado para pauta em 18/12/2018 (peça 46).

A Procuradora-Geral da República (peça 47) aduziu, preliminarmente, a necessidade de redistribuição da presente Ação Direta, por prevenção ao Min. EDSON FACHIN, sob o fundamento de que haveria correlação entre o objeto destes autos e o discutido na ADI 5.605, a qual estaria aguardando julgamento. Ainda em preliminar, apontou a necessidade de regularização da representação processual por ausência de indicação, na procuração, do ato normativo impugnado. Além disso, manifestou-se pela extração de petição e documentos colacionados por equívoco. No mérito, a PGR opinou pela concessão da medida liminar e procedência do pedido, sustentando que as normas em

ADI 5938 / DF

análise padecem de inconstitucionalidade material, asseverando o *caráter concretizador de direitos fundamentais da medida consistente na vedação do trabalho de gestantes e lactantes em atividades insalubres em qualquer grau*. Alega, ainda, que o art. 394-A da CLT, com a redação dada pelo art. 1º da Lei 13.467/2017, ao autorizar o trabalho de gestantes em atividades insalubres em graus médio e mínimo e o de lactantes em qualquer grau, *acabou por, temerariamente, transformar em regra a exposição ao risco, obstando as 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*. Aduz, ainda, que as normas em questão representariam um retrocesso social, no tocante à autorização do trabalho de gestantes e lactantes em condições insalubres, uma vez que reduziram de forma arbitrária e injustificada o nível *de proteção à vida, à saúde, à maternidade, à infância e ao trabalho em condições dignas e seguras*. Sustenta, portanto, a inconstitucionalidade dos dispositivos por violação dos arts. 1º, IV, 6º, 7º, XX e XXII, 170, 193, 196, 201, II, 203, I, 225 e 227 da Constituição Federal.

A Autora peticionou nos autos apresentando novo instrumento de mandato (peças 49 e 50).

Em 30/4/2019, anotei que a representação processual da Autora foi regularizada, afastei a preliminar de distribuição da Ação por prevenção ao Ministro EDSON FACHIN e concedi medida cautelar para suspender a eficácia das expressões impugnadas. Na ocasião, destaquei que o processo fora submetido ao rito previsto no art. 12 da Lei 9.868/1999, já se encontrando em condições de ser apresentado ao Colegiado, razão pela qual já havia pedido, em 18/12/2018, data para julgamento de mérito, nos termos do inciso X do artigo 21 do RISTF.

Posteriormente, a Confederação Nacional de Saúde – CNS e a Central Única dos Trabalhadores – CUT foram admitidas no processo na qualidade de *amici curiae* (peça 67 e decisão de 28/5/2019).

É o relatório.

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.

29/05/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.938 DISTRITO FEDERAL

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente, eminentes Pares, cumprimento o eminente Ministro Alexandre de Moraes, que vem proferir o voto nesta Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.938, bem como as sustentações orais dos ilustres Advogados que assomaram à tribuna.

Senhor Presidente, eu irei juntar declaração de voto na qual estou inferindo na mesma linha de Sua Excelência o eminente Ministro-Relator, acompanhando-o integralmente no julgamento da procedência, também integral, da pretensão deduzida nesta demanda.

Parece-me que estamos diante dessas situações em que a norma expressa de natureza protetiva da Constituição recai sobre a circunstância concreta dessa legislação e permite retirar, *tout court*, uma inconstitucionalidade saliente, pelo menos, em meu modo de ver. Aqui, a Constituição está a proteger o tripé "maternidade, nascituro e infância". É exatamente nessa perspectiva que se impõe às mulheres - cuja naturalização das discriminações e cuja invisibilidade da sua própria condição de seus direitos, não raro, decorrem de uma sociedade e de um Estado que têm ainda deveres a cumprir nessa seara - mais esse ônus de apresentar, segundo a regra, atestado de saúde por "médico de confiança", que é a expressão a que o Relator fez referência. A afronta ao texto constitucional parece-me efetivamente direta.

E não se trata de reconhecer às mulheres qualquer benesse do ponto de vista constitucional. Todos sabemos da história constitucional brasileira, que o processo constituinte albergou um conjunto de elementos protetivos das mulheres, precisamente, pela sua conquista e luta histórica no plano da autodeterminação e da legitimidade de suas respectivas escolhas.

Senhor Presidente, estou juntando declaração de voto e acompanhando integralmente Sua Excelência o eminente Ministro-Relator.

ADI 5938 / DF

29/05/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.938 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com liminar deferida pelo Ministro Alexandre de Moraes, Relator, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos, postulando declaração de inconstitucionalidade da expressão *“quando apresentar atestado de saúde emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento”* constante dos artigos 394-A, II e III, da Consolidação das Leis do Trabalho, com a redação que lhe foi dada pelo artigo 1º da Lei 13.467/2017. Eis o teor dos dispositivos impugnados:

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; (incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

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.(incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

A Autora argumenta que a exigência de atestado de saúde para afastamento da mulher das atividades insalubres, durante a gestação e lactação, afronta os direitos fundamentais que protegem a maternidade, a gestação, o nascituro e o recém-nascido (arts. 6º, 7º, XXXIII, 196, 201, II, e 203, I, CRFB). Nesse sentido afirma:

“A manutenção da expressão atacada nos incisos

ADI 5938 / DF

mencionados subverte o valor constitucional de proteção da saúde da mulher e sua prole, pois, estabelece como regra a exposição da empregada à situação de insalubridade, devolvendo à própria empregada gestante ou lactante o ônus de comprovar a sua condição de vulnerabilidade”

A Autora também defende que a norma impugnada viola o princípio da dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV, CRFB), deixando de observar o objetivo fundamental da República de erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, CRFB). Desprestigia, ainda, a valorização do trabalho humano, a ordem social brasileira, o primado do bem-estar e justiça sociais, bem como o direito ao meio ambiente de trabalho equilibrado (arts. 170, 193, e 225, CRFB).

A questão posta nos autos para apreciação e julgamento desta Suprema Corte diz respeito à constitucionalidade, ou não, de normas que mitigaram a regra geral de afastamento da empregada gestante e lactante do ambiente de trabalho insalubre. A exigência de atestado médico é defendida pelos legisladores, em face da premissa de que seria necessário analisar as condições de cada caso, para efetivamente estabelecer o grau de risco para a gestante e lactante, nascituro e recém-nascido, respectivamente, quando a empregada exerça suas atividades em ambiente insalubre.

Faz-se necessário contextualizar a questão em debate, à luz da proteção constitucional à maternidade e a infância, a qual se materializou na Constituição de 1988, especialmente no artigo 6º, *caput*, como um típico direito fundamental social. Assim está disposto:

Art. 6º - São direitos sociais à 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

ADI 5938 / DF

Constituição.

A luta pela igualdade de gênero, marca indelével da Constituição da República atualmente em vigor no Brasil, é fruto de um longo processo histórico de reconhecimento de direitos às mulheres em igualdade de condições em que tais direitos foram reconhecidos aos homens. Merece ser reproduzido, pela sua importância real e simbólica, já o primeiro inciso do extenso rol de direitos e deveres constante do artigo 5º, da Constituição de 1988:

Art. 5º – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

A mulher trabalhadora, com a promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho, em 1943, passou a ter proteção legal expressa e específica em capítulo especial daquele diploma legal. Trata-se do Título III, capítulo III, da Consolidação das Leis do Trabalho, que estabelece normas cujo principal objetivo fora inserir as mulheres no mercado de trabalho em igualdade de condições com os homens, proteger as mulheres do preconceito e da discriminação no ambiente do trabalho remunerado, garantir às mulheres condições específicas, considerando principalmente as características próprias da mulher quanto à gestação e maternidade. Já o artigo 372 da Consolidação das Leis do Trabalho, desde a redação original, estabelece a regra geral:

Art. 372 – Os preceitos que regulam o trabalho masculino são aplicáveis ao trabalho feminino, naquilo em que não colidirem com a proteção especial instituída por este Capítulo.

Registre-se que importantes alterações foram feitas a tal regulação

ADI 5938 / DF

normativa, pelas Leis 7.855/1989 e pela Lei 9.799/1999, as quais revogaram normas já obsoletas e incluíram outras necessárias à efetividade da proteção da mulher no mercado de trabalho. Dentre as normas incluídas, destacam-se as vedações impostas a partir de um olhar de discriminação de gênero:

Art. 373-A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado: (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999)

I - publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999)

II - recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999)

III - considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999)

IV - exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999)

V - impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999)

VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias. (Incluído pela Lei nº 9.799, de

ADI 5938 / DF

26.5.1999)

Parágrafo único. O disposto neste artigo não obsta a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher. (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999)

Tais normas exemplificam a atenção que o legislador infraconstitucional tem dispensado à mulher, quanto se trata de sua proteção diante de possíveis discriminações, em razão do sexo, principalmente no que diz respeito ao acesso e permanência no mercado de trabalho. Desde a redação original da Consolidação das Leis do Trabalho, em meados da década de 1940, até as alterações mais recentes, já no século XXI, a ideia de dotar a mulher dos mecanismos jurídicos necessários à sua plena liberdade e máxima igualdade com os homens, no mundo do trabalho remunerado, foi uma direção normativa constante.

No que tange à proteção constitucional, a igualdade entre homens e mulheres não foi uma conquista já na primeira constituição republicana de 1891, a qual, refletindo o espírito da época, não se despreendeu dos quadros clássicos da sociedade patriarcal.

Tal qual a Constituição do império de 1824, as mulheres, na primeira Constituição Republicana, só eram reconhecidas em sua atuação privada, cuidando da família e exercendo funções domésticas.

Foi, portanto, a Constituição de 1934, a primeira que, explicitamente, sob a pressão de novas realidades sociais, e influenciada por princípios solidaristas, insistiu no princípio da igualdade perante a lei, também como vedação de quaisquer privilégios ou distinções, por motivos de nascimento, de raça, de classe social, de profissões próprias ou dos pais, de riquezas, de crenças religiosas, de ideias políticas ou de sexo. Assim

ADI 5938 / DF

observa Rosah Russomano:

“Houve, pois, no setor que nos interessa de perto e que abrange a libertação da mulher, uma sensível modificação, corolário inevitável das modificações sofridas pelo panorama social em geral. Traduzindo-se a realidade incipiente em nosso território, assegurou-se a paridade jurídica dos sexos, fazendo-se, mais do que isso, com que a mesma decorresse do texto básico, o que evitaria quaisquer vacilações nas interpretações.” (RUSSOMANO, Rosah. A mulher na Constituição Brasileira e o sistema dos países americanos, in **Revista Forense**, ano 53, vol. 163, p. 418-444, jan-fev 1956, p. 423.)

A Constituição de 1946 e as demais mantiveram a igualdade como princípio essencial do rol de direitos e garantias fundamentais do povo brasileiro. Valem as observações de Rosah Russomano, ainda sob a égide da Constituição de 1946:

A Constituição vigente de 1946, entretanto, se enveredou pela mesma trilha rasgada pelo nosso primeiro legislador-constituente da República, se proclamou o princípio da isonomia, já o fez de modo peculiar, concisa, sem discriminar preceitos explícitos, rezando, apenas, que todos são iguais perante a lei.

As proibições atinentes a privilégios ou distinções por nascimento, por motivos de raça, de classe social, de fortuna, de convenções, de sexo, etc., inseriram-se no espírito do povo e a ele aderiram tão intensamente que a simples formulação do princípio da isonomia se tornou suficiente para as abarcar. (RUSSOMANO, Rosah. A mulher na Constituição Brasileira e o sistema dos países americanos, in **Revista Forense**, ano 53, vol. 163, p. 418-444, jan-fev 1956, p. 423.)

No que diz respeito à igualdade entre homens e mulheres, a Constituição de 1967 não apresentou novidades em relação ao

ADI 5938 / DF

ordenamento constitucional anterior, merecendo destaque o artigo 158, X, o qual disciplinava a proibição do trabalho da mulher em locais insalubres:

Art. 158 - A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social:

(...)

X - proibição de trabalho a menores de doze anos e de trabalho noturno a menores de dezoito anos, em indústrias insalubres a estes e às mulheres;

A Constituição de 1988 é o texto constitucional brasileiro mais comprometido com a igualdade de gênero. Além da referência expressa à igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, I, CRFB), em capítulo específico destinado à família, o constituinte equiparou a participação de homens e mulheres na condução da família (art. 226, §5º, CRFB), merecendo falar-se também na expressa proibição da discriminação no mercado de trabalho em razão do gênero (art. 7º, XXX, CRFB).

A participação das mulheres no processo constituinte foi de crucial relevância para que este tenha sido o desfecho da proteção dos direitos fundamentais das mulheres, de forma expressa e inequívoca, no texto constitucional de 1988. Flávia Piovesan anota:

“Na avaliação do movimento de mulheres, um momento destacado na defesa dos direitos humanos das mulheres foi a articulação desenvolvida ao longo do período pré-1988, visando à obtenção de conquistas no âmbito constitucional. Esse processo culminou na elaboração da *Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes*, que contemplava as principais reivindicações do movimento de mulheres, a partir de ampla discussão e debate nacional. Em razão da competente articulação do movimento durante os trabalhos constituintes, o resultado foi a incorporação da maioria significativa das reivindicações formuladas pelas mulheres no texto

ADI 5938 / DF

constitucional de 1988.” (PIOVESAN, Flávia. Igualdade de gênero na Constituição Federal: os direitos civis e políticos das mulheres no Brasil. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-i-constituicao-de-1988/principios-e-direitos-fundamentais-igualdade-de-genero-na-constituicao-federal-os-direitos-civis-e-politicos-das-mulheres-do-brasil> Acesso em 27 de maio de 2019.)

Não se pode deixar de mencionar que também no âmbito internacional, os direitos das mulheres têm recebido especial proteção, o que se materializa não apenas nas Conferências das Nações Unidas, mas também em diversos instrumentos que integram os sistemas, global e regionais, dos direitos humanos.

A internalização de normas internacionais tem sido um forte fator propulsor das transformações internas. Segundo Flávia Piovesan, nesse sentido, deve-se assinalar o impacto e a influência de documentos como a *Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher*, de 1979, a *Declaração e o Programa de Ação da Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena*, de 1993, o *Plano de Ação da Conferência Mundial sobre População e Desenvolvimento do Cairo*, de 1994, a *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher*, de 1994 e a *Declaração e a Plataforma de Ação da Conferência Mundial sobre a Mulher de Pequim*, de 1995. Tais instrumentos internacionais inspiraram e orientaram o movimento de mulheres a exigir, no plano local, a implementação de avanços obtidos na esfera internacional. (PIOVESAN, Flávia. Igualdade de gênero na Constituição Federal: os direitos civis e políticos das mulheres no Brasil. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-i-constituicao-de-1988/principios-e-direitos-fundamentais-igualdade-de-genero-na-constituicao-federal-os-direitos-civis-e-politicos-das-mulheres-do-brasil> Acesso em 27 de maio de

ADI 5938 / DF

2019.)

Tenha-se em vista que, no plano internacional, o reconhecimento do direito à igualdade foi gradativamente densificando-se de um plano mais abstrato e geral para um conceito plural de dignidades concretas, o que resultou em um conjunto de mecanismos específicos para proteção de direitos humanos de grupos vulneráveis, dentre os quais, estão o das mulheres.

O histórico apresentado demonstra que a proteção legal, constitucional e internacional à mulher e ao seu universo específico, que envolve, primordialmente, a gestação, maternidade e lactação, foram paulatinamente reconhecidos na legislação positivada, fruto de muitas lutas sociais e políticas pela igualdade de gênero.

Entretanto, ainda há questões que merecem o olhar atento das diretrizes protetivas internas e internacionais, considerando que a sociedade brasileira, não obstante todo o avanço já registrado, ainda carece de decisões políticas efetivas na direção da igualdade entre homens e mulheres, e na proteção da mulher gestante e lactante.

E, neste particular, a questão posta nos presentes autos merece um olhar voltado para a posição da mulher na sociedade e no mercado de trabalho, pois os impactos da legislação impugnada são diretamente relacionados com a autonomia das escolhas da mulher e das suas necessidades impostas pela condição de gestante ou nutridora de recém-nascido. O argumento da Advocacia-Geral da União deixa explícito esse aspecto da discussão dos presentes autos:

(...) A alteração legislativa, sem descurar da proteção à saúde, tem por escopo assegurar às mulheres condições mais equânimes para disputar oportunidades de emprego em locais reputados insalubres, haja vista que trabalhadoras em idade reprodutiva muitas vezes são preteridas, simplesmente, em

ADI 5938 / DF

razão da mera possibilidade de uma futura gravidez.

(...)

A compulsoriedade de afastamento da gestante e da lactante em todo e qualquer caso, como ocorria sob a égide da anterior redação do dispositivo, constituía fator hábil a desestimular a contratação de mulheres, além de implicar, necessariamente, a redução do valor de sua remuneração. Assim, a possibilidade de que o afastamento ocorra mediante avaliação médica, nos casos em que o grau de insalubridade não oferece riscos à saúde da gestante ou da criança, aliada à manutenção do respectivo adicional em qualquer hipótese, consiste em opção legislativa que, adequadamente, estimula a igualdade no momento de admissão dos trabalhadores.

Nota-se, pelos argumentos apresentados pela Advocacia Pública, que há naturalização de práticas discriminatórias em razão do sexo, práticas estas que, independentemente de sua motivação, são flagrantemente inconstitucionais, e por disposição expressa do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.

Se o legislador, ao estabelecer a possibilidade de a mulher gestante ou lactante trabalhar em locais insalubres, tinha como intenção estimular a igualdade no momento de admissão dos trabalhadores, não atuou, no exercício de sua competência constitucionalmente estabelecida, de forma adequada, pois impor à mulher gestante ou lactante o ônus de comprovar a inexistência de risco à saúde dela e da criança, por meio de laudo médico da sua confiança não coibirá, como era seu dever, a discriminação por ela sofrida no competitivo mercado de trabalho.

Tampouco essa norma estimulará a igualdade entre os trabalhadores do sexo feminino e masculino no competitivo mercado de trabalho, pois não há correspondência entre a obrigação imposta às mulheres e o fim protetivo supostamente almejado.

Muito pelo contrário, a imposição de mais esse ônus às mulheres,

ADI 5938 / DF

por meio de legislação supostamente aprovada para a coibição da discriminação em razão do sexo, nos termos do que expressamente disposto no artigo 7º, XXX, da CRFB, acabou por reforçar a discriminação, tendo em vista que transferiu para a mulher, na condição de mulher, gestante e lactante, a escolha de permanecer, ou não, no trabalho em condições adversas. Nota-se que uma vez mais a mulher é desprestigiada, pois além da notória negação às mesmas condições de ingresso e remuneração no mercado de trabalho, ainda recai sobre ela mais este ônus de escolher comprovar, ou não, risco à sua saúde e a de seu bebê, diante de um ambiente de trabalho insalubre.

E, neste particular, não se pode deixar de lembrar que a Constituição de 1988 é assertiva ao determinar como diretriz para a condução de políticas públicas, na seara da segurança do ambiente de trabalho, a *“redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”* (artigo 7º, XXII, da CRFB).

A legislação ora impugnada é, pois, flagrantemente inconstitucional, pois contraria o postulado da igualdade, estabelecendo critérios que reforçam a vulnerabilidade de uma das partes, no caso a mulher, ao invés de atenuá-la. Se a política pública almejada pela legislação impugnada tinha a intenção de oferecer às mulheres gestantes e lactantes autonomia para a escolha pela permanência no posto de trabalho de locais insalubres, falhou em seu objetivo, pois tal escolha é pré-estabelecida por limites da condição de gestante e lactante, que impõe proteção, não apenas à mulher, como sujeito de direitos dotada de auto-determinação, mas também ao nascituro e à criança recém-nascida.

O descompasso entre as práticas legislativas supostamente densificadoras de direitos fundamentais das mulheres e a proteção exigida pelas normativas nacionais e internacionais não é um fenômeno exclusivo do Brasil. Catharine Mackinnon, estudiosa das questões de gênero nos Estados Unidos, desde a década de 1980, vem afirmando que

ADI 5938 / DF

a dominação masculina das cadeiras do Poder Legislativo impedem o avanço da igualdade de gênero nas políticas públicas.(MACKINNON, Catharine A. *Toward a feminist Theory of the State*. Cambridge: Harvard University Press, 1989).

E a crítica também se faz presente diante da redação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que não contempla, de forma expressa, a mulher como destinatária dos direitos ali reconhecidos. Elucidativas as palavras de Catharine Mackinnon, no particular:

As omissões na declaração universal não são meramente semânticas. Ser mulher "ainda não é um nome para uma forma de ser humano", nem mesmo neste documento mais visionário de direitos humanos. Se medirmos a realidade da situação da mulher em toda a sua variedade em relação às garantias da Declaração Universal, não só as mulheres não têm os direitos que ela garante - a maioria dos homens do mundo também não -, mas é difícil de enxergar, em sua visão da humanidade, o rosto da mulher.

As mulheres precisam de *status* humano completo na realidade social. Para isso, a Declaração Universal dos Direitos Humanos deve ver as maneiras pelas quais as mulheres são distintivamente privadas dos direitos humanos como uma privação da humanidade. Para que o glorioso sonho da Declaração Universal se torne realidade, para que os direitos humanos sejam universais, tanto a realidade desafiadora, quanto o padrão que ela estabelece, precisam mudar.

Quando as mulheres serão humanas? Quando? (MACKINNON, Catharine A. *Are Women Human?* Cambridge, Massachusetts, and London, England: The Belknap Press of Harvard University Press, 2007, p. 42 -43)

Em um sistema fundado e definido por princípios e valores essencialmente masculinos, as questões públicas e privadas das mulheres acabam por ser negligenciadas e sub-valorizadas, negando-se visibilidade

ADI 5938 / DF

à própria existência feminina, às demandas tipicamente femininas, às necessidades próprias da mulher e da sua condição de ser no mundo.

O direito de fazer suas escolhas, que remonta ao elogiável paradigma da autodeterminação da mulher, enquanto sujeito de direito responsável pelo seu próprio destino, deve ser, no contexto da proteção à mulher gestante e lactante, contextualizado, pois além da proteção legítima à dignidade da mulher em si, sua saúde, física e mental, além da função social por ela exercida na família e na sociedade, há o direito autônomo, da proteção integral e do melhor interesse da criança; que se apresenta como direito individual, mas também coletivo; como dever fundamental da mulher de cuidar e nutrir, não apenas a si mesma, mas também ao nascituro e ao recém-nascido.

A norma jurídica que impõe a mulher a escolha para permanecer, ou não, num ambiente de trabalho inadequado à sua saúde e à saúde de sua prole, não pode permanecer no ordenamento jurídico brasileiro. E mesmo que não houvesse norma constitucional específica a confrontar a essência do ato normativo impugnado, exigindo respeito à sua condição conjuntural de gestante e lactante, condição essa para a qual não é possível qualquer juízo de comparação com os homens, far-se-ia necessário coibir, também pelo princípio da proteção integral e do melhor interesse da criança, o risco à saúde potencialmente gerado por ambientes insalubres, em qualquer grau.

Não é demais lembrar que a questão do trabalho da mulher gestante e lactante em locais insalubres já foi objeto de normas constitucionais (art. 158, X, da Constituição de 1967) e infra-constitucionais revogadas (Lei 13.287/2016). A proibição tinha como principal objetivo afastar a mãe e a criança de potenciais riscos à saúde, física e mental, diante dos agentes caracterizadores da insalubridade.

Considerando que a norma atualmente em vigor não observou os

ADI 5938 / DF

direitos fundamentais das mulheres, gestantes e lactantes, nem os direitos fundamentais da criança à proteção integral de seu melhor interesse, não pode tal norma permanecer no ordenamento jurídico constitucional brasileiro, seja por afronta ao artigo 6º, *caput*, especialmente quando expressa dignidade de direito fundamental social à proteção à maternidade e à infância; seja por afronta aos artigos 6º, 7º, XXII e XXX, 196, 201, II, e 203, I, CRFB.

Ante o exposto, acompanho o Relator, para julgar procedente o pedido da presente ação direta de inconstitucionalidade, para declarar inconstitucionais as expressões *“quando apresentar atestado de saúde emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento”* constantes dos artigos 394-A, II e III, da Consolidação das Leis do Trabalho, com a redação que lhes foi dada pelo artigo 1º da Lei 13.467/2017.

É como voto.

29/05/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.938 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, a questão já foi largamente posta pelo Ministro Alexandre de Moraes. O artigo relevante da CLT tinha, originariamente, a seguinte disposição:

“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”.

Portanto, havia uma regra que, de maneira peremptória, afastava a mulher gestante de qualquer ambiente de trabalho insalubre, qualquer fosse o grau de insalubridade.

Impressionou-me o argumento utilizado da tribuna, relativamente às trabalhadoras na área de saúde. Mas a verdade é que este artigo vigorou por muitos anos, sem que se tivesse interditado, observadas as precauções adequadas, o trabalho feminino em hospitais. Embora o argumento impressione, eu não acho que, da redação original, a qual estamos propondo restabelecer, isso seja impeditivo, desde que com os equipamentos e precauções adequados.

Veio a nova redação da Lei e passou a exigir a apresentação, pela mulher, de um atestado de saúde de médico de confiança para que, seja gestante ou lactante, deixasse de trabalhar em locais insalubres. Acho que se criou uma exigência incompatível com a Constituição, conforme assentado pelo Ministro Alexandre de Moraes, agora em posição endossada pelo Ministro Fachin.

Penso que viola a proteção da maternidade, direito social previsto no art. 6º; a proteção da criança, sobretudo aquela que a norma protetiva visa resguardar; e o princípio da precaução, normalmente aplicado em questões ambientais, mas também vale para o ambiente de trabalho, por previsão expressa no art. 7º, inciso XXII. Na jurisprudência do Supremo

ADI 5938 / DF

Tribunal Federal, geralmente o princípio da precaução é invocado em questões ambientais, porém ele também vale em matéria de saúde em geral. E, em matéria de ambiente de trabalho, há uma regra específica que prevê como direito dos trabalhadores (art. 7, inciso XXII):

"Art.7º

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; "

Essa nova redação afronta o direito social à proteção da maternidade, o princípio do melhor interesse da criança, consagrado no art. 227, e afronta o chamado princípio da precaução, pelo qual, sempre que existe risco ou incerteza, se deve favorecer a posição mais conservadora e protetiva.

Por essas razões, Presidente, eu acompanhei na concessão da cautelar o aqui presente, para alegria de todos nós, Ministro Alexandre de Moraes. E acompanho também no julgamento de mérito.

29/05/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.938 DISTRITO FEDERAL

VOTO

A Senhora Ministra Rosa Weber: Senhor Presidente, Senhores Ministros, em especial eminente Relator, Ministro Alexandre de Moraes, Senhor Vice-Procurador Geral da República, Dr Luciano Maia, Senhores Advogados, Senhoras e Senhores, recebam todos os meus cumprimentos.

1. Como já relatado, trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos em face da parte final dos **incisos II e III do art. 394-A da CLT, introduzidos pelo art. 1º da Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista)**, em que se aponta **violação dos arts. 1º, IV; 6º; 7º, XX, XXII; 170; 193; 196; 201, II; 203 I; e 225 da Constituição Federal.**

A tese defendida nesta ação de controle concentrado é de ofensa à garantia constitucional de proteção à maternidade, à gestação, à saúde, à mulher e ao nascituro, bem como ao trabalho e ao meio ambiente do trabalho equilibrado, à compreensão de que, por estimularem o trabalho insalubre de gestantes e lactantes, os dispositivos impugnados colocam em risco a vida e a saúde da mulher, bem como do nascituro e do recém-nascido, em inadmissível retrocesso quanto aos direitos fundamentais sociais. Assevera, a autora, que *“são muitas, senão a maioria, as trabalhadoras de baixa renda e de pouca escolaridade que, ante a possibilidade de perda da remuneração a título de adicional de insalubridade, deixarão de procurar um médico para continuarem trabalhando em condições insalubres, comprometendo não só a sua saúde, mas, também, a saúde dos nascituros e dos recém-nascidos.”*.

Adotado o rito do art. 12 da Lei nº 9.868/99.

A Câmara dos Deputados informa que o Projeto de Lei nº 6.787/2016, que deu origem à Lei 13.467/2017, foi processado *“dentro dos estritos trâmites constitucionais e regimentais inerentes à espécie”*.

A Advocacia-Geral da União manifesta-se pelo conhecimento parcial e pela improcedência do pedido, consoante denota a seguinte ementa:

ADI 5938 / DF

Direito do trabalho. Expressão "*quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento*", constante dos incisos II e III do artigo 394-A da Consolidação das Leis do Trabalho, na redação conferida pela Lei nº 13.467/2017. Preliminar. Ausência parcial de procuração com poderes específicos. Mérito. Alegada violação aos artigos 1º, incisos III e IV; 3º, incisos I, II e III, 6º, 7º, incisos XX e XXII, 170; 193; 196; 201, inciso II, 203, inciso I e 225 da Constituição da República, bem como ao princípio da vedação do retrocesso social. A expressão impugnada configura opção válida do legislador quanto à concretização dos direitos à saúde, ao meio ambiente de trabalho equilibrado e à proteção da maternidade e da infância. O artigo 394-A da Consolidação das Leis do Trabalho, ao assegurar a percepção do adicional de insalubridade mesmo nos casos em que a gestante ou lactante seja afastada do exercício das atividades consideradas insalubres, preserva-lhes a autonomia e o mercado de trabalho, sobretudo se considerado que o ônus pelo pagamento da referida verba é repassado ao Estado. O princípio da vedação do retrocesso social não implica o engessamento de todas as regras que assegurem direitos sociais. Manifestação pelo parcial conhecimento da ação direta e, no mérito, pela improcedência do pedido.

A Procuradoria-Geral da República opina pela concessão da medida cautelar e procedência do pedido, nos termos da ementa a seguir:

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 E 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

ADI 5938 / DF

CONDICIONADO A PRÉVIA E EXPRESSA RECOMENDAÇÃO MÉDICA. OFENSA A DIREITOS E PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO. ARTS. 1º-IV, 6º, 7º-XX E XXII, 170, 193 E 225. CONTRARIEDADE AO COMPLEXO NORMATIVO PROTETIVO DA SAÚDE, DA MATERNIDADE E DA INFÂNCIA. ARTS. 61º, 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 ha estreita correlação entre os comandos normativos contestados. Existindo ação abstrata previa 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 a lacuna, constitui vicio sanável, em prazo a ser concedido a parte autora, sob pena de indeferimento da petição o inicial. Precedentes.

3. Mérito. A Constituição afirma a jusfundamentalidade dos direitos ao trabalho, a proteção do mercado de trabalho da mulher, a redução dos riscos laborais e ao meio ambiente de trabalho saudável (arts. 6º, 7º-XX E XXII, e 225). Ainda, a Carta Magna reconhece como fundamentos da República os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa (art. 1º-IV), afeta a propriedade a função social, o que a mantem atrelada as noções

ADI 5938 / DF

de dignidade humana e justiça (arts. 5º–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 a gestante e a 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 a 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 as 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 esta 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 a 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,

ADI 5938 / DF

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 a previa e expressa recomendação médica, o dispositivo impõe essa condição a 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 a vida, a saúde, a maternidade, a 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 e proteção deficiente, porquanto a (suposta) proteção – ou melhor, desproteção – que encerra não atende a 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 a sua

ADI 5938 / DF

saúde (e de seu nascituro/lactente) ou, em ultimo 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. 3º–III, 5º–I, 7º–XX e 170–VIII da Constituição).

– Parecer pela redistribuição por prevenção ao Relator da ADI 5.605/DF; pela concessão de prazo a 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.

Concedida, pelo eminente Relator, a medida cautelar, *ad referendum* do Plenário, para “suspender a eficácia 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.”. Fundamentada, a decisão monocrática, na máxima eficácia do direito fundamental social de proteção à maternidade, contido no art. 6º, da CF – amparado pelos direitos sociais instrumentais como a licença gestante, segurança no emprego, proteção ao mercado de trabalho da mulher, redução dos riscos inerentes ao trabalho -, bem como na prioridade da integral proteção à criança, previsto no art. 227 da CF. Consignado, ainda, o entendimento de que “*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.*” (Tema 497: “A incidência da estabilidade prevista no art. 10, inc. II, do ADCT, somente exige a anterioridade da gravidez à dispensa sem justa causa.” RE 629.053 RG¹ ; e Tema 973: “É constitucional a remarcação do teste de

1 DIREITO À MATERNIDADE. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL CONTRA DISPENSA

ADI 5938 / DF

aptidão física de candidata que esteja grávida à época de sua realização, independentemente da previsão expressa em edital do concurso público.” (RE 1.058.333 RG).

2. Feito este breve retrospecto, em rememoração, começo anotando que ainda ontem, na sessão do Tribunal Superior Eleitoral, o Ministro Luís Roberto Barroso referia que em nossos julgamentos nos deparamos com casos fáceis e casos difíceis. Nessa linha, permito-me dizer que, ao me deparar, no estudo da pauta, com o processo ora apregoado, qualifiquei-o como um caso fácil, no contexto dos questionamentos postos ao exame desta Corte em inúmeras ações de fiscalização abstrata em trâmite na Casa relativas à chamada reforma trabalhista de 2017.

Tenho alongado voto escrito a respeito do tema. O sensível voto do Ministro Alexandre de Moraes, a quem parabenizo, por si só já conteria,

ARBITRÁRIA DA GESTANTE. EXIGÊNCIA UNICAMENTE DA PRESENÇA DO REQUISITO BIOLÓGICO. GRAVIDEZ PREEXISTENTE À DISPENSA ARBITRÁRIA. MELHORIA DAS CONDIÇÕES DE VIDA AOS HIPOSSUFICIENTES, VISANDO À CONCRETIZAÇÃO DA IGUALDADE SOCIAL. DIREITO À INDENIZAÇÃO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. 1. O conjunto dos Direitos sociais foi consagrado constitucionalmente como uma das espécies de direitos fundamentais, se caracterizando 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, nos termos do inciso I do artigo 7º, o direito à segurança no emprego, que compreende a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa da gestante. 3. A proteção constitucional somente exige a presença do requisito biológico: gravidez preexistente a dispensa arbitrária, independentemente de prévio conhecimento ou comprovação. 4. A proteção contra dispensa arbitrária da gestante caracteriza-se como importante direito social instrumental protetivo tanto da mulher, ao assegurar-lhe o gozo de outros preceitos constitucionais – licença maternidade remunerada, princípio da paternidade responsável –; quanto da criança, permitindo a efetiva e integral proteção ao recém-nascido, possibilitando sua convivência integral com a mãe, nos primeiros meses de vida, de maneira harmônica e segura – econômica e psicologicamente, em face da garantia de estabilidade no emprego –, consagrada com absoluta prioridade, no artigo 227 do texto constitucional, como dever inclusive da sociedade (empregador). 5. Recurso Extraordinário a que se nega provimento com a fixação da seguinte tese: A incidência da estabilidade prevista no art. 10, inc. II, do ADCT, somente exige a anterioridade da gravidez à dispensa sem justa causa. (RE 629053, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-27-02-2019)

ADI 5938 / DF

vale frisar, fundamentos suficientes para que eu me limitasse a acompanhá-lo.

Estimulada, contudo, pelas abalizadas sustentações orais, permito-me algumas observações.

É evidente que a diversidade de ideias é ínsita à pluralidade, e que as divergências existem sim, e são bem-vindas, enquanto estimulam a reflexão, enriquecem o debate e contribuem para o aperfeiçoamento da ordem jurídica, sempre na busca do desejável avanço civilizatório.

Permitam-me dizer que faço parte de antiga geração de juízes do trabalho gaúchos que, pelo exemplo e pela força da voz de João Antonio Guillenbernard Pereira Leite, na cátedra da Faculdade de Direito de Porto Alegre, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, foi apresentada, no início da década de setenta, a um direito vivo, presente no dia a dia de todos, profundamente identificado com a ideia de Justiça Social em um país de tantas desigualdades econômicas e sociais, direito centrado no homem que trabalha, paradoxalmente trabalhador livre e subordinado.

Pereira Leite, juiz do trabalho de carreira, que chegou à Presidência do TRT da 4ª Região e teve morte prematura, sucedeu o Ministro desta Suprema Corte Elói José da Rocha e ao Ministro do TST Carlos Alberto Barata Silva na cátedra de Direito do Trabalho, na minha Faculdade de Direito, casa mãe – ou *alma mater* - de tantos ilustres integrantes desta Suprema Corte ao longo dos tempos, dentre os quais lembro, para homenageá-los, junto com Elói José da Rocha, os Ministros José Nery da Silveira, João Leitão de Abreu, Paulo Brossard, Nelson Jobim, Teori Zavaschi e Ellen Gracie.

Nesta sensível área jurídica – Carnelutti já dizia que o trabalho nada mais é do que um homem trabalhando -, Pereira Leite, como mestre exemplar, descortinou-nos a **realidade social diferenciada** – a que se referia Manoel Alonso Olea - que está na gênese do Direito do Trabalho e a ele permanece subjacente, como e enquanto fonte normativa, a nutri-lo e sobre a qual ele atua de uma perspectiva transformadora.

E justamente essa realidade social diferenciada, que ensejou no plano internacional tantas lutas nas décadas que se seguiram às ditas

ADI 5938 / DF

revoluções industriais, veio a plasmar, no ordenamento jurídico pátrio, um complexo normativo de proteção ao trabalhador por conta alheia, a partir da afirmação da desigualdade substancial entre os sujeitos da relação de emprego.

Essa desigualdade substancial, ínsita ao vínculo empregatício - diante da vulnerabilidade do ser humano que aliena antecipadamente o resultado de seu trabalho a quem lhe dirige a atividade -, continua a exigir em nossos dias, independentemente do destinatário dos serviços, a afirmação do princípio tuitivo, informador do Direito do Trabalho, e suas derivações, na tentativa, valendo-me mais uma vez de conhecida metáfora, de equilibrar os pratos da balança.

Nessa ótica, lembrar a lição de Lacordaire, no campo do Direito do Trabalho, é lugar comum e quase obrigatório para bem compreender este ramo da ciência jurídica e seus princípios informadores: *“entre o forte e o fraco, o rico e o pobre, o patrão e o empregado, a liberdade que oprime e a lei que liberta”*. E os princípios informadores do Direito Material do Trabalho contaminam, segundo entendo, o Direito Processual do Trabalho, dado o inegável caráter instrumental do processo, enquanto veículo de realização de um direito material tuitivo, e nele se fisionomiza no que **Helio Sartou** nominou princípio corretor de desigualdades, a se refletir na inversão do ônus da prova e em outras singularidades que terminaram importadas pelo processo civil.

A Justiça do Trabalho, ramo especializado do Poder Judiciário, diversamente do que se apregoa, em absoluto protege o trabalhador. Ela aplica, isto sim, um direito informado pelo princípio da proteção do trabalhador, como o faz o juízo cível, por exemplo, quando aplica o Código de Defesa do Consumidor.

A Constituição Federal de 1988, a seu turno, ao erigir a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho em fundamentos da República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput* e incisos III e IV), e reconhecer expressamente os direitos fundamentais sociais – dentre eles o direito ao trabalho, em seu art. 6º -, com o elenco de direitos assegurados como patamar mínimo aos

ADI 5938 / DF

trabalhadores, no art. 7º, provocou o deslocamento – todos sabemos - do núcleo do Direito do Trabalho. Até então positivado na legislação infraconstitucional, o Direito do Trabalho passou a ostentar envergadura constitucional. A interpretação do Direito do Trabalho há de se fazer, portanto, a partir da Constituição Federal e em harmonia com a nossa Lei Fundamental, enquanto esta é que dá validade a todas as normas do ordenamento jurídico, enfeixando, com sua força normativa e profunda carga axiológica, as regras e princípios unificadores do nosso sistema jurídico.

Com tal olhar e fiel aos princípios informadores deste segmento jurídico centrado no trabalho humano é que, a meu juízo, há de ser apreciada a Reforma Trabalhista nesse tema sensível que diz com a proteção da maternidade e da infância.

E aqui, friso, não se nega - ao contrário, se afirma -, que, diante da dinâmica da vida, do fenômeno da globalização, dos incessantes avanços tecnológicos contemporâneos, se fazia necessário atualizar e aperfeiçoar a legislação trabalhista, adequá-la às novas realidades decorrentes da automação e que tais. Pressuposto de toda reforma, contudo, é o amplo debate prévio, a maturação de ideias, a formação de possíveis consensos, considerados e sopesados os diferentes enfoques e as perspectivas distintas dos atores envolvidos, a provocarem ora o ampliar do foco, ora o aguçar das lentes de observação, com vista sempre ao aperfeiçoamento dos institutos e das regras vigorantes. E o que sobreleva, **presente sempre a matriz constitucional e respeitado o seu norte, uma vez mantida em sua essência a realidade social determinante da existência do Direito do Trabalho, com as cores vívidas do fato social singular que conforma esse ramo da ciência jurídica.**

Contam-se 96 anos desde a primeira norma de proteção ao trabalho da gestante, a revelar quase meio século de afirmação histórica do compromisso da nação com a salvaguarda das futuras gerações. O **Decreto nº 16.300 de 29/12/1923**, ao aprovar o Regulamento do Departamento Nacional de Saúde Pública, em seu art. 342, facultou à mulher empregada em estabelecimentos de indústria e comércio, o

ADI 5938 / DF

repouso de trinta dias antes e depois do parto. Por outro lado, o **art. 348** estabeleceu à mulher o dever de amamentação e ao empregador a obrigação de ensejar o cumprimento desse dever, enquanto o **art. 349** determinou ao empregador providências “*para que as operárias, possam, sem prejuízo, dispensar cuidados aos filhos*”.

A regulação das condições de trabalho das mulheres nos estabelecimentos industriais e comerciais inaugura-se com o **Decreto nº 21.417-A de 17/05/1932**². Além de proibir distinção salarial a trabalho de igual valor por motivo de sexo, vedou a prestação laboral feminina em subterrâneos, minerações, subsolo, pedreiras, obras de construção, bem como em atividades perigosas e insalubres. Proibiu, ademais, o trabalho da gestante durante o período de quatro semanas antes e depois do parto, com o recebimento de auxílio correspondente à metade dos salários³, facultando-lhe o rompimento do contrato de trabalho no caso de comprovação por atestado médico de prejuízo à gestação. À lactante assegurou o direito a dois descansos diários especiais, de meia hora cada um, durante os primeiros seis meses que se seguissem ao parto em local apropriado à vigilância e assistência materna dos filhos em período de amamentação, a ser providenciado pelos estabelecimentos com mais de 30 mulheres acima dos 16 anos.

Sob os influxos do constitucionalismo social iniciado após os devastadores efeitos da Primeira Guerra Mundial, a **Constituição de 1.934**, no Título IV da Ordem Econômica e Social, exalta o amparo à maternidade e à infância ao destinar ao seu amparo um por cento das rendas tributárias da União, Estados e Municípios. No que diz com a

2 Art. 5º E' proibido o trabalho da mulher: a) nos subterrâneos, nas minerações, em sub-solo, nas pedreiras, e obras de construção pública ou particular; b) nos serviços perigosos e insalubres, constantes do quadro anexo. Note-se que o anexo da norma fixa como atividades perigosas e insalubres aquelas submetidas a: emanações nocivas, perigo de acidentes, perigo de envenenamento, necessidade e trabalho atento e prudente, poeira e vapores nocivos.

3 O auxílio pecuniário deveria ser pago pelas Caixas criadas pelo Instituto de Seguro Social e, na falta destas, pelo empregador (art. 14 do Decreto nº 21.417-A/1932).

ADI 5938 / DF

proteção dos direitos individuais das mulheres, garantiu a igualdade de remuneração (**art. 121, § 1º, “a”**), proibiu o trabalho nas atividades insalubres (**art. 121, § 1º, “d”**), assegurou assistência médica e sanitária à gestante, descanso antes e depois do parto sem prejuízo do salário e do emprego, e determinou a instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregado e do empregador a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte (**art. 121, § 1º, “h”**).

De curta duração, à **Constituição de 1.934** seguiu-se a de **1.937**, que se limitou a garantir à gestante assistência médica e período de repouso antes e depois do parto sem prejuízo do salário.

Posteriormente, a **Constituição de 1.946** retomou a garantia de igualdade salarial entre homens e mulheres (**art. 157, II**) e a vedação do trabalho feminino em atividades insalubres (**art. 157, IX**), mantida na **Constituição de 1.967** (**art. 158, X**). Em perspectiva histórica, Segadas Vianna rememora as palavras de Pontes de Miranda acerca da vedação constitucional ao trabalho da mulher em indústrias insalubres:

“A esse respeito vale repetir as palavras de Pontes de Miranda: *“Não há exceções legais. A legislação ordinária é importante; o preceito constitucional, - self executing, exaustivo, cogente”*, e ainda sobre o mesmo assunto: *“A situação da mulher adulta e menor não é a mesma; porém a Constituinte de 1946 preferiu vedar, sem distinções, o trabalho das mulheres nas indústrias insalubres”*.⁴

Comprometida com as conquistas civilizatórias definidoras do Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal de 1988 assenta-se sobre as bases da democracia e do exercício dos direitos fundamentais sociais e individuais a edificar a identidade da sociedade brasileira fundada nos valores supremos da igualdade e da justiça social.

Nesse sentido, é inegável o avanço da nossa Constituição cidadã na **proteção da maternidade como direito social** (**art. 6º**), da **família como**

4 SÜSSEKIND, Arnaldo et. al. Instituições de Direito do Trabalho, Vol II, 11ª ed., São Paulo: LTr, 1991, pp, 866-867.

ADI 5938 / DF

base da sociedade (art. 226 com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 65/2010), bem como do **planejamento como livre decisão do casal, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, atribuído ao Estado o dever de propiciar recursos educacionais e científicos para o seu exercício.**

Especificamente no âmbito da relação de emprego, a maternidade representa para a trabalhadora-mãe um período de maior vulnerabilidade, devido às contingências próprias de conciliação dos projetos de vida pessoal, familiar e laboral. Dessa forma, na perspectiva axiológica de valorização da maternidade em sua função social, os direitos fundamentais do trabalhador elencados no art. 7º da Constituição de 1.988 - entre eles a licença à gestante sem prejuízo do emprego e do salário (inciso XVIII) e a redução dos riscos inerentes ao trabalho (inciso XXII) -, bem como a estabilidade da gestante garantida no art. 10, II, "b" do ADCT, impõem limites à liberdade de organização e administração do empregador de forma a concretizar para a empregada-mãe merecida segurança no exercício do direito ao equilíbrio entre trabalho e família.

Na esteira da lição de Ingo Wolfgang Sarlet, os posicionamentos doutrinários que negam aos direitos sociais a hierarquia de autênticos direitos fundamentais, estão em dissonância com o sistema constitucional brasileiro, comprometido com a justiça social. Ainda que condicionado o seu alcance a contextos específicos de cada direito social, os direitos fundamentais sociais possuem aplicação direta e imediata e submetem todos os órgãos estatais:

“...tais concepções, pelo menos de acordo com o pensamento majoritário, estão divorciadas do direito constitucional positivo, pois basicamente fundadas em critérios de materialidade fundamental, muitas vezes atrelados a determinadas concepções filosóficas e políticas, ou mesmo vinculados a teorias da justiça de cunho liberal, sem a necessária sintonia com o sistema constitucional vigente, especialmente sem levar em conta a expressa inclusão dos direitos sociais (incluindo o direito dos trabalhadores) no texto constitucional como uma das espécies dos direitos e garantias

ADI 5938 / DF

fundamentais do Título II, isto sem falar no já referido compromisso do constituinte com a justiça social.

[...]

Outrossim, também aos direitos sociais se aplica o disposto no art. 5º, § 1º, da CF, de tal sorte que, a exemplo das demais normas de direitos fundamentais, as normas consagradoras de direitos sociais possuem aplicabilidade direta e eficácia imediata, ainda que o alcance dessa eficácia deva ser avaliado sempre no contexto de cada direito social e à luz de outros direitos e princípios. Assim, ainda que no caso de alguns direitos sociais se deva reconhecer uma relativamente baixa densidade normativa, pelo menos no que diz com os contornos do direito tal qual positivados no texto constitucional, essa peculiaridade não afasta o dever de se atribuir também às normas de direitos sociais uma máxima eficácia e efetividade, obrigação cometida a todos os órgãos estatais, no âmbito de suas respectivas competências” (in p. 573)

Nesse panorama diacrônico de afirmação dos direitos fundamentais sociais da mulher brasileira, particularmente nos momentos da vida familiar destinados à gestação e lactação, a Constituição Federal de 1988 insere-se no conteúdo axiológico dos principais instrumentos internacionais dos direitos humanos em sua concepção contemporânea, considerada a partir das características da universalidade, indivisibilidade e interdependência, inaugurada com a Declaração dos Direitos Humanos de 1948. Em seu artigo XXV, proclama a relevância dos cuidados e assistência especiais à maternidade e à infância. Assim também o artigo VI da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, ao estatuir que *“toda mulher em estado de gravidez ou em época de lactação, assim como toda criança, têm direito à proteção, cuidados e auxílios especiais”*.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), promulgado no Brasil pelo Decreto 591 de 06/07/1992, para além de conceder proteção especial às mães por um período de tempo razoável antes e depois do parto, reconhece o direito de toda pessoa de

ADI 5938 / DF

desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental, nele compreendida uma variedade de fatores socioeconômicos, dentre os quais a alimentação, nutrição, habitação, acesso à água potável e condições sanitárias, meio ambiente saudável, saúde e segurança no trabalho. Nesse sentido, determina aos Estados Parte que assegurem medidas em direção à diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento das crianças e a melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente.

No **Comentário Geral nº 22** sobre o direito à saúde sexual e reprodutiva previsto no art. 12 do PIDESC, elaborado em 2.016, o Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, afirma a sua compreensão sobre o direito à saúde sexual e reprodutiva, que se irradia de forma a abranger determinantes sociais como educação e informação, proteção contra violência, tortura e discriminação, bem como saúde e segurança do trabalho e adequado meio ambiente do trabalho. No que diz especificamente com à saúde da mulher, devido à sua capacidade reprodutiva, a concretização do direito à saúde sexual e reprodutiva assume caráter indispensável ao exercício da sua autonomia e liberdade de construir seu projeto de vida. Nesse sentido, o alcance da igualdade de gênero requer que as necessidades específicas da saúde da mulher, naquilo que diferem daquelas dos homens, sejam consideradas de forma a garantir providências adequadas ao seus ciclos de vida.

Por outro lado, a **Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica**, em seu art. 17, posiciona na família o núcleo natural e fundamental da sociedade, pelo que deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado, enquanto o art. 19 estabelece que *“Toda criança terá direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer, por parte da sua família, da sociedade e do Estado”*. Nessa esteira, a Convenção sobre os Direitos das Crianças, em seu artigo 24, reconhece o direito da criança de gozar do melhor padrão possível de saúde, nela abrangida a adequada assistência pré-natal e pós-natal.

Na doutrina de Flávia Piovesan, revelada a insuficiência da proteção de direitos humanos nos primeiros instrumentos internacionais, sob a

ADI 5938 / DF

perspectiva da proteção genérica, geral e abstrata, iluminada pela igualdade formal, a vulnerabilidade a que submetidos determinados grupos sociais tornou imperiosa a necessidade de proteção especial e particularizada. Nesse contexto, *“a diferença não mais seria utilizada para a aniquilação de direitos, mas, ao revés, para a sua promoção”*⁵.

No cenário de conscientização da contribuição da mulher não apenas ao bem-estar da família, senão também ao desenvolvimento da sociedade, a **Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher**, promulgada pelo Decreto 4.377 de 13.9.2002, compreende a maternidade a partir da sua função social. Nesse perspectiva, não pode ser causa de discriminação, principalmente na esfera do emprego, em que devem ser asseguradas condições de igualdade entre homens e mulheres, e em particular *“o direito à proteção da saúde e à segurança nas condições de trabalho, inclusive a salvaguarda da função de reprodução”* (Art. 11). Nesse sentido, deverão ser tomadas medidas pelos Estados Parte a fim de impedir a discriminação contra a mulher durante a maternidade e assegurar o direito a trabalhar, especificamente, no que diz com a *“proteção especial às mulheres durante a gravidez nos tipos de trabalho comprovadamente prejudiciais a elas.”* (Art. 11, item 2, alínea “d”).

Nessa linha de argumentação, em direção à concretização da igualdade material de gênero na fase em que a mulher está voltada aos cuidados com o projeto de vida familiar, afirma Alice Monteiro de Barros:

“A maternidade tem uma função social pois dela depende a renovação das gerações. As medidas destinadas a proteger as mulheres em decorrência de gravidez ou de parto, vinculadas a um contrato de trabalho, não constituem discriminação, seu fundamento reside na salvaguarda da saúde da mulher e das futuras gerações”.⁶

5 PIOVESAN, Flavia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. **Cadernos de Pesquisa**, São Paulo. V. 35, n. 124, p. 43-55. Apr. 1995. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-15742005000100004

6 BARROS, Alice. **A mulher e o direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1995

ADI 5938 / DF

Ainda nesse sentido a **Convenção fundamental nº 111 da OIT** sobre discriminação em matéria de emprego e ocupação (promulgada pelo Decreto 62.150/68), inserida na declaração de princípios e direitos fundamentais do direito do trabalho, qualifica como não discriminatórias as medidas especiais destinadas à salvaguarda das necessidades particulares das pessoas que necessitem de proteção ou assistência especial, notadamente por motivos tais como sexo ou encargos de família:

Art.5º.

1. As medidas especiais de proteção ou de assistência previstas em outras convenções ou recomendações adotadas pela Conferência Internacional do Trabalho não são consideradas como discriminação.

2. Qualquer Membro pode, depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, definir como não discriminatórias quaisquer outras medidas especiais que tenham por fim salvaguardar as necessidades particulares de pessoas em relação às quais a atribuição de uma proteção ou assistência especial seja, de uma maneira geral, reconhecida como necessária, por motivos tais como o sexo, a invalidez, os encargos de família ou o nível social ou cultural.

Nesse panorama axiológico-normativo insere-se a questão atinente à constitucionalidade da alteração promovida pela **Lei nº 13.467/2017 no art. 394-A da CLT**. Em aproximadamente um ano, a chamada Lei da Reforma Trabalhista revogou anterior vedação ao trabalho insalubre da gestante ou lactante, introduzida pela **Lei nº 13.287/2016 ao art. 394 da CLT**, a fim de possibilitar o exercício de atividade insalubre pela empregada gestante nos graus médio e mínimo e pela lactante em qualquer grau, condicionado à recomendação do afastamento atestado por médico da sua confiança. Dispõe o preceito impugnado:

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,

ADI 5938 / DF

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.

No sistema normativo trabalhista brasileiro, a regulamentação do trabalho em atividades insalubres ou perigosas está inserida no âmbito da segurança e medicina do trabalho. Como não poderia deixar de ser, considerada a perspectiva histórico-axiológica, o constituinte de 1.988 priorizou a higidez física e mental do trabalhador à monetização da saúde ou risco decorrente da atividade laboral ao inserir no **inciso XXII do art. 7º da Constituição Cidadã** o direito fundamental à redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança. Logo após, no **inciso XIII**, em posição secundária, garantiu o percebimento de adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas na forma da lei.

O **art. 189 da CLT** conceitua as atividades ou operações insalubres como *“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.”*.

Diante da natureza eminentemente técnica dos critérios de caracterização da insalubridade, o **art. 190 da CLT** submete ao Ministério do Trabalho a prévia configuração das atividades e operações consideradas insalubres. O Ministério do Trabalho, por sua vez, regulamentou a matéria por meio da Norma Regulamentadora nº 15 aprovada pela Portaria nº 3.214/78. São consideradas atividades ou operações insalubres as que se desenvolvem nas atividades em contato com **agentes químicos** (Anexo XIII) e **biológicos** (Anexo XIV), e sob **condições hiperbáricas** (Anexo VI), bem como naquelas **desenvolvidas**

ADI 5938 / DF

acima dos limites de tolerância para ruído contínuo ou intermitente (Anexo I), ruídos de impacto (Anexo II), exposição ao calor (Anexo III), radiações ionizantes (Anexo V), poeiras minerais (Anexo XII). Sujeita-se à comprovação por laudo de inspeção no local de trabalho a **insalubridade por contato com radiações não-ionizantes (Anexo VI), vibrações (Anexo VIII), frio e umidade (Anexos IX e X).**

Explica o médico do trabalho, Professor da Faculdade de Medicina da USP (FMUSP). Dr. Marcelo Pustiglione, que atividade insalubre é *“aquela que expõe o trabalhador a agente de risco ocupacional (ARO) específicos, ou seja, de natureza física, química e biológica”*⁷. Esse risco resulta *“de uma série de falhas ou não conformidades no processo do trabalho (seja de natureza administrativa, ambiental ou de proteção), que deveriam ser identificadas para impedir a ocorrência de novos eventos”*⁸.

Afirma, ainda, que a dinâmica do risco ocupacional compreende três elementos: i) agente de risco ou *hazard* (*“qualquer fonte ou elemento que, presente num determinado ecossistema laboral e sob certas condições do local e processo de trabalho, tem o potencial de causar dano ou agravos à saúde do trabalhador”*); ii) perigo de exposição ao agente de risco ou *danger* (*“aspectos qualitativos e quantitativos do contato do trabalhador com o agente de risco, isto é, a ocorrência de efetiva exposição ao hazard”*); iii) risco ou *risk* (probabilidade ou chance de ocorrer o dano à saúde do trabalhador decorrente da exposição ao agente de risco). Segundo a *“regra de ouro da segurança e saúde do trabalho”*, o risco vincula-se à exposição, ou seja, não havendo exposição (*danger*), mesmo havendo o agente de risco (*hazard*), não haverá dano (*risk*). Nesse sentido, as medidas de proteção e prevenção devem estar direcionadas à redução ou eliminação do agente de risco (*hazard*) e à inadmissibilidade de exposição desprotegida (*danger*).

7 PUSTIGLINE. 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*. 2017, Vol 15 (3), pp 284-294.

8 PUSTIGLINE. Marcelo. Grávidas e Lactantes: quais medidas podem contribuir para a saúde e segurança dessas trabalhadoras? *Caderno Informativo de Prevenção de Acidentes*, 2017, Ano 39, nº 458, pp 105-110.

ADI 5938 / DF

Pesquisa elaborada pelo Professor da Faculdade de Medicina da USP sobre os impactos no processo de gestação, no concepto e no lactente dos seis agentes de risco considerados no campo da saúde ocupacional presentes no ambiente de trabalho da gestante e da lactante, revela que *“os ARO de natureza química, biológica, psicossocial e organizacional, e acidental podem pôr em risco a gestação, o concepto e o lactente. Já os ARO de natureza física e biomecânica parecem não representar risco apenas no caso do lactente”*.

Nesse contexto, avaliado pelo empregador o risco para a saúde e segurança da gestante, concepto, lactante e lactente e identificada a presença do agente de risco, no caso de não poder ser eliminado, o pesquisador sugere 3 ações possíveis: i) ajuste das condições de trabalho; ii) trabalho alternativo adequado nos mesmos termos e condições; iii) afastamento da trabalhadora com licença remunerada durante o tempo necessário à proteção da segurança e saúde da gestante e do seu filho.

Essas sugestões vão ao encontro da **Recomendação nº 191 da OIT (2000)** atinente à **Convenção nº 183 sobre a proteção da maternidade. Conquanto ainda não ratificada pelo Brasil**, a norma aprovada pelo organismo internacional em 30 de maio de 2000, estabelece, em seu art. 3º, o compromisso dos Estados Parte em assegurar que as gestantes e lactantes não sejam obrigadas a trabalhar em atividade que tenha sido certificada por autoridade competente como prejudicial à saúde da mãe ou da criança ou que tenha sido avaliada com potencial risco significativo para a saúde da mãe ou do seu filho.

No caso em que identificado risco significativo para a trabalhadora-mãe ou seu filho no ambiente de trabalho, **desde que adequadamente certificado**, a OIT recomenda as seguintes medidas: i) eliminação do risco, ii) adaptação das condições de trabalho; iii) no caso de não ser possível essa adaptação, transferência para outra função sem prejuízo da remuneração; iv) no caso em que não for possível essa transferência, licença remunerada.

Esta Suprema Corte tem definido as chaves hermenêuticas para a compreensão do direito fundamental à saúde. Nesse sentido revela-se

ADI 5938 / DF

emblemático o julgamento da **ADI 3.470**, de minha relatoria, sobre a constitucionalidade da produção e comercialização de produtos que contenham asbesto, oportunidade em que fiz ver o caráter ambivalente do direito à saúde, porquanto nele presentes os aspectos de defesa e proteção, direito subjetivo e prestacional, bem como o papel primordial do Estado para a concretização da máxima eficácia dos direitos fundamentais na regulação da proteção da saúde de grupos vulneráveis expostos a agentes nocivos. Peço vênua para reproduzir o trecho pertinente:

O tratamento recebido pela saúde na Constituição de 1988 diferencia-se, em relação aos regimes anteriores, porque pela primeira vez ligado à tutela da pessoa humana. Textualmente relacionado entre os direitos fundamentais sociais, os vetores hermenêuticos do pluralismo (preâmbulo), e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), desautorizam reduzir o direito à saúde à dimensão meramente prestacional. O caráter ambivalente do direito fundamental à saúde consagrado na Constituição Federal – que apresenta aspectos ao mesmo tempo de direito individual e social, de direito de defesa e de proteção, de direito subjetivo e prestacional – é destacado pela doutrina:

“Da natureza de direito subjetivo, tomada como interesse negativo da intangibilidade física passou, também, a interesse positivo, a uma proteção ativa à integridade psicofísica, que abrange o meio ambiente e o local de trabalho. A expansão conceitual da saúde para além do direito público subjetivo, assumindo caráter de oponibilidade erga omnes também é de grande relevância, vez que pode ser oponível não apenas contra o Estado, mas também contra terceiros. Não se trata de dimensões antagônicas, mas complementares.”

Os preceitos constitucionais que elevam a saúde à estatura de direito social (art. 6º) de todos, incumbem ao Estado o dever de garanti-la mediante “*políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença*” (art. 196) e asseguram aos trabalhadores a “*redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio*

ADI 5938 / DF

de normas de saúde, higiene e segurança” (art. 7º, XXII), impõem a adoção de uma agenda positiva voltada à concretização desses direitos. Ora, os conteúdos desde já decididos pelo Poder Constituinte – aquilo que o Poder Constituinte, representante primário do povo soberano, textualmente decidiu retirar da esfera de avaliação e arbítrio do Poder Legislativo, representante secundário do povo soberano – podem ser afirmados, sem necessidade de intermediação política, na medida em que direta e necessariamente extraídos da cláusula constitucional do direito à saúde tomada como princípio.

[...]

Do arranjo constitucional pode ser inferida, ainda, a legitimidade do estabelecimento de proteções voltadas especialmente à saúde de grupos vulneráveis específicos, como crianças e adolescentes, idosos, povos indígenas e, mais diretamente relacionado ao caso em exame, trabalhadores de determinado setor industrial, expostos a agentes nocivos. Mais do que uma orientação, tais comandos encerram verdadeiro dever, endereçado aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, de agir positivamente quanto à regulação da utilização, na indústria, de matérias-primas comprovadamente nocivas à saúde humana. A proteção da saúde, adequadamente considerada como norma principiológica, consiste em proposição objetiva, deontológica e teleológica. A cláusula constitucional geral da proteção à saúde constrange e ampara o legislador – Federal, Estadual, Distrital e Municipal – ao excluir previamente certos arranjos normativos, com ela incompatíveis, do leque de escolhas políticas possíveis, ao mesmo tempo em que cria uma esfera de legitimação para determinadas intervenções político-normativas que, democraticamente legitimadas, traduzem inferências autorizadas pelo preceito constitucional.

Ainda no exame da constitucionalidade do uso de produtos, materiais ou artefatos que contenham amianto ou asbesto, ao julgamento da **ADI 3.937 MC**, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, resalto as

ADI 5938 / DF

balizas atinentes à aplicação das normas internacionais, bem como dos princípios da precaução e da proteção à materialização do direito fundamental à saúde, externadas em voto do Ministro Ayres Britto:

“Acontece que esse caso me parece peculiar, e muito peculiar— se o superlativo for admitido eu diria peculiaríssimo—, porque a lei federal faz remissão à Convenção da OIT 162, art. 3º, que, por versar tema que no Brasil é tido como de direito fundamental (saúde), tem o status de norma supralegal. Estaria, portanto, acima da própria lei federal que dispõe sobre a comercialização, produção, transporte, etc., do amianto. (...) De maneira que, retomando o discurso do ministro Joaquim Barbosa, a norma estadual, no caso, cumpre muito mais a CF nesse plano da proteção à saúde ou de evitar riscos à saúde humana, à saúde da população em geral, dos trabalhadores em particular e do meio ambiente. A legislação estadual está muito mais próxima dos desígnios constitucionais, e, portanto, realiza melhor esse sumo princípio da eficácia máxima da Constituição em matéria de direitos fundamentais, e muito mais próxima da OIT, também, do que a legislação federal. Então, parece-me um caso muito interessante de contraposição de norma suplementar com a norma geral, levando-nos a reconhecer a superioridade da norma suplementar sobre a norma geral. E, como estamos em sede de cautelar, há dois princípios que desaconselham o referendun à cautelar: o princípio da precaução, que busca evitar riscos ou danos à saúde e ao meio ambiente para gerações presentes; e o princípio da prevenção, que tem a mesma finalidade para gerações futuras. Nesse caso, portanto, o periculum in mora é invertido e a plausibilidade do direito também contraindica o referendun a cautelar. (...), portanto, pedindo todas as vênias, acompanho a dissidência e também não referendo a cautelar. (ADI 3.937 MC, rel. min. Marco Aurélio, voto do min. Ayres Britto, DJE de 10-10-2008.)

Especialmente em relação ao direito da gestante, esta Suprema Corte, ao exame do **RE 1.058333 sob a sistemática da repercussão geral** assentou a constitucionalidade da remarcação de teste de aptidão física

ADI 5938 / DF

de candidata grávida à época de sua realização, independentemente de previsão expressa no edital do concurso (Tema 973).

Feitas essas considerações, na minha compreensão, a alteração promovida pela Lei nº 13.467/2017 na redação do art. 394-A da CLT, implica inegável retrocesso social - por revogar a norma proibitória do trabalho da empregada gestante e lactante introduzida no sistema normativo trabalhista pela Lei nº 13.287/2016, além do menoscabo ao direito fundamental à saúde da mãe trabalhadora, no que transfere ao próprio sujeito tutelado a responsabilidade pela conveniência do afastamento do trabalho.

Em verdade, permeado em todo o texto constitucional o compromisso da consolidação do valor social do trabalho e do princípio da dignidade da pessoa humana, o ordenamento jurídico brasileiro não pode ser *“transmudado de modo a vilipendiar os valores construídos na sociedade brasileira e os direitos fundamentais nas relações de trabalho”*. Ao contrário, as balizas erigidas pela Constituição Cidadã direcionam o legislador ao *“aperfeiçoamento dos institutos protetivos já existentes, no sentido de otimização dos direitos fundamentais no trabalho”*⁹. O princípio do não retrocesso social obsta o desmantelamento das conquistas normativas já alcançadas em determinado contexto social.

Na definição sempre precisa do decano desta Suprema Corte, Ministro Celso de Mello, o princípio de proibição do retrocesso social traduz-se em dimensão negativa dos direitos sociais, em que vedada a supressão ou redução dos patamares de sua concretização, sem que implementadas políticas compensatórias (ARE 745745 /AgR, 2ª Turma, DJe 19.12.2014). Nas suas palavras,

Refiro-me ao princípio da proibição do retrocesso, que, em tema de direitos fundamentais de caráter social, impede que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive, consoante adverte autorizado magistério doutrinário (GILMAR FERREIRA

9 OLIVEIRA, Christiana D'arc Damasceno. **O direito do trabalho contemporâneo: efetividade dos direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana no mundo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010, p. 282.

ADI 5938 / DF

MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, “*Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*”, 1ª ed./2ª tir., p. 127/128, 2002, Brasília Jurídica; J. J. GOMES CANOTILHO, “*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*”, p. 320/322, item n. 03, 1998, Almedina; ANDREAS JOACHIM KRELL, “*Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*”, p. 40, 2002, Sergio Antonio Fabris Editor; INGO W. SARLET, “*Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988*”, “*in* ” *Interesse Público*, p. 91/107, n. 12, 2001, Notadez; THAIS MARIA RIEDEL DE RESENDE ZUBA, “*O Direito Previdenciário e o Princípio da Vedação do Retrocesso*”, p. 107/139, itens ns. 3.1 a 3.4, 2013, LTr, v.g.).

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 (como o direito à saúde), impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto na hipótese – de todo incorrente na espécie – em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais.

Valendo-se da doutrina de Gomes Canotilho, bem como de decisão do Tribunal Constitucional Português, prossegue o Ministro Celso de Mello:

Lapidar, sob todos os aspectos, o magistério de J. J. GOMES CANOTILHO, cuja lição, a propósito do tema, estimula as seguintes reflexões (“*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*”, p. 320/321, item n. 3, 1998, Almedina):

“O princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social .

A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de ‘contra-revolução social’ ou da ‘evolução reaccionária’. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos

ADI 5938 / DF

trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. A 'proibição de retrocesso social' nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fáctica), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana. O reconhecimento desta protecção de direitos prestacionais de propriedade, subjectivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjectivamente alicerçadas. A violação no núcleo essencial efectivado justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente aniquiladoras da chamada justiça social. Assim, por ex., será inconstitucional uma lei que extinga o direito a subsídio de desemprego ou pretenda alargar desproporcionadamente o tempo de serviço necessário para a aquisição do direito à reforma (...). De qualquer modo, mesmo que se afirme sem reservas a liberdade de conformação do legislador nas leis sociais, as eventuais modificações destas leis devem observar os princípios do Estado de direito vinculativos da actividade legislativa e o núcleo essencial dos direitos sociais. O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos já realizado e efectivado através de medidas legislativas ('lei da segurança social', 'lei do subsídio de desemprego', 'lei do serviço de saúde') deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a

ADI 5938 / DF

criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura a simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado.” (grifos excluídos do original).

Bem por isso, o Tribunal Constitucional português (Acórdão nº 39/84), ao invocar a cláusula da proibição do retrocesso, reconheceu a inconstitucionalidade de ato estatal que revogara garantias já conquistadas em tema de saúde pública, vindo a proferir decisão assim resumida pelo ilustre Relator da causa, Conselheiro VITAL MOREIRA, em douto voto de que extraio o seguinte fragmento (“Acórdãos do Tribunal Constitucional”, vol. 3/95-131, 117-118, 1984, Imprensa Nacional, Lisboa):

“Que o Estado não dê a devida realização às tarefas constitucionais, concretas e determinadas, que lhe estão cometidas , isso só poderá ser objecto de censura constitucional em sede de inconstitucionalidade por omissão. Mas quando desfaz o que já havia sido realizado para cumprir essa tarefa, e com isso atinge uma garantia de um direito fundamental, então a censura constitucional já se coloca no plano da própria inconstitucionalidade por acção . Se a Constituição impõe ao Estado a realização de uma determinada tarefa – a criação de uma certa instituição, uma determinada alteração na ordem jurídica –, então, quando ela seja levada a cabo, o resultado passa a ter a protecção directa da Constituição. O Estado não pode voltar atrás, não pode descumprir o que cumpriu, não pode tornar a colocar-se na situação de devedor. (...) Se o fizesse, incorreria em violação positiva (...) da Constituição

Em grande medida, os direitos sociais traduzem-se para o Estado em obrigação de fazer, sobretudo de criar certas instituições públicas (sistema escolar, sistema de segurança social, etc.). Enquanto elas não forem criadas, a

ADI 5938 / DF

Constituição só pode fundamentar exigências para que se criem; mas após terem sido criadas, a Constituição passa a proteger a sua existência, como se já existissem à data da Constituição. As tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, obrigam-no também a não aboli-los uma vez criados.

Quer isto dizer que a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixar de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar (ou passar também a ser) numa obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social.

Este enfoque dos direitos sociais faz hoje parte integrante da concepção deles a teoria constitucional, mesmo lá onde é escasso o elenco constitucional de direitos sociais e onde, portanto, eles têm de ser extraídos de cláusulas gerais, como a cláusula do 'Estado social'. " (grifos eliminados do original).

Nessa mesma linha, revelam-se também pertinentes os fundamentos de Ana Paula de Barcellos:

"A vedação do retrocesso, por fim, é uma derivação da eficácia negativa, particularmente ligada aos princípios que envolvem os direitos fundamentais. Ela pressupõe que esses princípios sejam concretizados através de normas infraconstitucionais (isto é: frequentemente, os efeitos que pretendem produzir são especificados por meio da legislação ordinária) e que, com base no direito constitucional em vigor, um dos efeitos gerais pretendidos por tais princípios é a progressiva ampliação dos direitos fundamentais. Partindo

ADI 5938 / DF

desses pressupostos, o que a vedação do retrocesso propõe se possa exigir do Judiciário é a invalidade da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente. Isto é: a invalidade, por inconstitucionalidade, ocorre quando se revoga uma norma infraconstitucional concessiva de um direito, deixando em seu lugar um vazio ou uma regulamentação tão irrelevante que, caso editada originariamente, não teria sido capaz de concretizar o direito fundamental. Não se trata, é bom observar, da substituição de uma forma de atingir o fim constitucional por outra, que se entenda mais apropriada. A questão que se põe é a da revogação da norma infraconstitucional, pela qual o legislador esvazia o comando constitucional, exatamente como se dispusesse contra ele diretamente.”¹⁰

Ante o exposto, julgo procedente o pedido para, CONFIRMANDO A LIMINAR, 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 como voto.

10 BARCELLOS, Ana Paula de. **Anotação preliminar sobre o conteúdo e as funções dos princípios.** In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 101

29/05/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.938 DISTRITO FEDERAL

VOTO

DIREITO DO TRABALHO. REFORMA TRABALHISTA. CLT, ART. 394-A, II E III, COM A REDAÇÃO DADA PELO ART. 1º DA LEI Nº 13.467/2017. REALIZAÇÃO DE ATIVIDADES CONSIDERADAS INSALUBRES POR EMPREGADAS GESTANTES E LACTANTES. AFASTAMENTO CONDICIONADO À APRESENTAÇÃO DE ATESTADO DE SAÚDE EMITIDO POR MÉDICO DE CONFIANÇA DA MULHER. OFENSA AO DIREITO À SAÚDE, À PROTEÇÃO DA MATERNIDADE E À VALORIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO. CF/88, ARTS. 1º, IV; 6º; 7º, XX E XXXIII; 170; 193; 196; 201; 203, I; E 225. CAUTELAR CONFIRMADA. AÇÃO CONHECIDA E JULGADO PROCEDENTE O PEDIDO.

1. As atividades consideradas insalubres realizadas por empregadas gestantes e lactantes, ainda que não apresentem atestado de saúde emitido por médico de sua confiança que recomende o afastamento, são inconstitucionais, por violação à proteção à família, à igualdade de gênero, aos valores sociais do trabalho e

ADI 5938 / DF

à saúde.

2. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado (artigo 226 da CRFB), o que impede que a gravidez ou a amamentação sejam motivos para fundamentar qualquer ato contrário ao interesse da mulher, ou que lhe imponha grave prejuízo.

3. **O Estado não pode impor escolhas trágicas em detrimento da formação da família.** O princípio do livre planejamento familiar assegura que o desenvolvimento da família seja decisão exclusiva de seus próprios membros, sem a ocorrência de interferências externas. É que a liberdade decisória tutelada pelo planejamento familiar *“vincula-se à privacidade e à intimidade do projeto de vida individual e parental dos envolvidos”* (MORAES, Maria Celina Bodin de. Comentário ao artigo 226. In CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar, F; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L (coord). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 2122).

4. *In casu*, ao condicionar o afastamento da lactante ou gestante à apresentação de atestado de saúde emitido por médico de confiança, que recomende o afastamento durante a gestação ou a lactação, **as normas impugnadas transferem às trabalhadoras o ônus de proteção à saúde da mulher e do bebê em uma situação de presumível risco.**

5. A vedação à discriminação de gênero

ADI 5938 / DF

impõe-se tanto no ambiente familiar quanto no laboral, como corolário da promoção do bem de todos, sem preconceito de sexo, alçada a objetivo fundamental da República (art. 3º, IV, CF), mercê de ter sido explicitada a igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações (art. 5º, I, CF).

6. Deveras, no plano internacional, é pacífica a preocupação comum no combate às injustiças sociais pautadas no gênero, como se observa na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, que ostenta como um de seus signatários o Brasil.

7. As taxas de desemprego elevadas, que atingem em grande parte a mulher no mercado de trabalho, comprometem o planejamento familiar capaz de conciliar os interesses profissionais e maternais.

8. A liberdade reprodutiva – compreendida como a *“autonomia da mulher para decidir sobre seu próprio corpo em relação ao desejo ou não de procriar”* – ainda claudica em determinados setores da sociedade (BARBOZA, Heloisa Helena. *(Des)Igualdade de gênero: restrições à autonomia da mulher*. Pensar, Fortaleza, v. 22, n. 1, p. 240-271, jan./abr. 2017, p. 260), razão pela qual a *“escolha”* no mais das vezes impõe às mulheres o sacrifício de sua carreira, traduzindo-se em direta perpetuação da desigualdade de gênero.

9. A norma não cogita estabelecer uma

ADI 5938 / DF

alternativa, prestigiando a liberdade de escolha da trabalhadora, antes oculta o enraizamento da discriminação social que recai sobre a mulher. É que, nos termos de “dualidade da construção social” de que trata Nancy Hirschmann, professora de ciência política na Universidade da Pensilvânia, os desejos, preferências, ações e escolhas são tão socialmente construídos quanto as condições externas que os restringem ou viabilizam, e é nisso que resulta **“o frequente sexismo da teoria da liberdade”, que perpetua, sob pretextos de uma ideologia iluminista, práticas modernas de sexismo** (HIRSCHMANN, Nancy J. “Toward a Feminist Theory of Freedom.” *Political Theory*, vol. 24, no. 1, 1996, pp. 46–67).

10. A escolha da trabalhadora de apresentar atestado ao empregador, a fim de afastar-se dos fatores insalubres – ou do próprio trabalho, quando inexistente atribuição alternativa –, não se dissocia das amarras socialmente construídas do dever de maternidade, da proteção do nascituro, da responsabilidade pela harmonia familiar, que recaem desproporcionalmente sobre a mulher. Ademais, não se trata de uma escolha livre, por ser carregada dos vieses sexistas que respondem pela culpa materna e perpetuam a desigualdade da mulher no mercado de trabalho.

11. O gênero é determinante no mercado de

ADI 5938 / DF

trabalho, em que pese a proibição de diferença de salários e de exercício de funções por motivo de sexo ter sido expressamente reconhecida como direito dos trabalhadores (art. 7º, XXX, CF).

12. O intérprete deve avaliar as **consequências práticas da aplicação dos valores abstratos nas decisões judiciais** como fundamento decisório (art. 20, LINDB). Sob o pálio estatístico, a) **as mulheres brasileiras ganham, em média, 76% da remuneração masculina**, consoante dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD); b) as mulheres negras recebem ainda menos: 43% dos salários dos homens brancos; c) **as mulheres com 12 anos ou mais de estudo ganham, em média, 68% do que homens com a mesma escolaridade**, segundo pesquisadores da Coordenação de Gênero, Raça e Gerações do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea); d) as mulheres têm uma taxa de desemprego maior do que a taxa dos homens, aponta Relatório da **Organização Internacional do Trabalho** lançado em 2018.

13. A análise econômica do direito, *in casu*, implica estimar se a supressão da parte final dos dispositivos impugnados terá o condão de promover uma maior proteção aos valores constitucionais que fundamentam a inconstitucionalidade – isonomia, proteção à família, maternidade, saúde e valores do

ADI 5938 / DF

trabalho – do que sua manutenção. De um lado, as normas impugnadas desfavorecem a plena proteção dos interesses constitucionalmente protegidos, na medida em que sujeitam as trabalhadoras a maior embaraço para o exercício de seus direitos. De outro, por tratar-se de medida legal protetiva direcionada ao âmbito privado, é preciso avaliar se o agente empregador, mais suscetível a incentivos econômicos, poderia contornar a determinação legal com uma resposta ainda mais discriminadora.

14. Quando o empregador arca sozinho com os custos financeiros do afastamento da empregada ou do adicional de insalubridade da trabalhadora gestante/lactante, **surge um incentivo perverso para a preterição de trabalhadoras mulheres ou a redução de seu salário efetivo, transferindo o custo social à mulher.** A desoneração não visa a beneficiar o empregador, mas a combater à desigualdade de gênero no mercado de trabalho. Precedente: ADI 1946, Relator Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, DJ 16-05-2003.

15. As reflexões consequencialistas da análise econômica indicam que há um *benefício auxiliar* decorrente de se combater a desigualdade de gênero no mercado de trabalho, assim compreendido por ser um impacto favorável da medida tipicamente não relacionado ou secundário. É que, assim

ADI 5938 / DF

se reforça a capacidade produtiva nacional, ao reter mão-de-obra de grande parte da população em idade ativa, no caso de mulheres, que possuem dependentes. Como leciona Martha Nussbaum, *“arranjos que acabam com a discriminação em razão da raça e do sexo pelo menos podem ser considerados economicamente eficientes, porque incluem na força de trabalho, sem redesenho caro, um grande grupo de trabalhadores produtivos que de outra forma não poderiam ser incluídos”* (NUSSBAUM, Martha. *Frontiers of justice: Disability, nationality, species membership*. Harvard University Press, 2009. p. 117-118).

16. O direito à saúde, enquanto direito social tutelado expressamente no artigo 6º da Constituição, reclama uma especial proteção no presente caso, revelando-se **desproporcional, por proteção deficiente, a previsão legal que determina, somente no caso de insalubridade em grau máximo, o afastamento automático da mulher gestante do ambiente insalubre**, enquanto durar a gestação.

17. A proteção social ao meio ambiente laboral decorre do direito à 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”*, nos termos do artigo 196 da Constituição. Assim, *“qualquer situação que envolva efetivas considerações e medidas de*

ADI 5938 / DF

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

18. Os riscos graves e a incerteza quanto às dimensões exatas dos mesmos no caso concreto constituem os fundamentos de aplicação do **princípio da precaução, a informar a predileção por alternativas que aumentem a salvaguarda dos envolvidos** (ADPF 101, Rel. Min. Cármen Lúcia, Pleno, DJe 04-06-2012).

19. O interesse de que a grávida leve a gestação a termo com êxito exorbita os limites individuais da genitora, alcançando outros indivíduos e a coletividade. Enquanto a saúde pessoal do trabalhador pode configurar motivos exclusivamente individuais ou particulares, a maternidade e a família constituem direitos fundamentais do *homem-social* e do *homem-solidário*, na nomenclatura de José Afonso da Silva (*Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 186).

20. *Ex positis*, acompanho o Ministro Relator na procedência da ação, a fim de ver reconhecida a inconstitucionalidade da expressão “quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento”,

ADI 5938 / DF

constante dos incisos II e III do art. 394-A da CLT, com a redação dada pela Lei 13.467/2017.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: Senhor Presidente, eminentes pares, ilustre representante do Ministério Público, senhores advogados e estudantes aqui presentes, trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, em face das partes finais dos incisos II e III do art. 394-A da Consolidação das Leis do Trabalho/CLT, com a redação dada pelo art. 1º da Lei 13.467/2017.

Consoante os fundamentos expostos a seguir, acompanho o relator no sentido de que as atividades consideradas insalubres realizadas por empregadas gestantes e lactantes, ainda que não apresentem atestado de saúde emitido por médico de sua confiança que recomende o afastamento durante a gestação, são inconstitucionais, por violação à proteção à família, à igualdade de gênero, aos valores sociais do trabalho e à saúde.

I. Inconstitucionalidade da norma por violação à proteção à família

A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado (artigo 226 da CRFB). Mais especificamente, a Constituição de República se posicionou expressamente a favor da proteção à maternidade (artigo 6º) e assegurou direito ao planejamento familiar (artigo 226, § 7º), além de encontrar especial proteção no direito de previdência social (artigo 201, II) e no direito de assistência social (artigo 203, I).

Instituído expressamente como um direito social, a proteção à maternidade impede que a gravidez ou a amamentação sejam motivos para fundamentar qualquer ato contrário ao interesse da mulher, ainda mais quando tal ato impõe-lhe grave prejuízo.

Já o princípio do livre planejamento familiar assegura que o desenvolvimento da família deve ser de decisão exclusiva de seus próprios membros, sem a ocorrência de interferências externas. Para tanto, o constituinte expressamente vedou qualquer forma coercitiva por

ADI 5938 / DF

parte de instituições oficiais ou privadas que obstaculize o planejamento (art. 226, §7º), assim como assegurou o acesso às informações e meios para sua efetivação e impôs o dever de propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito.

O direito ao planejamento familiar é livre decisão do casal. O fundamento na dignidade da pessoa humana revela sua indissociável relação com a liberdade reprodutiva. A liberdade decisória tutelada pelo planejamento familiar “*vincula-se à privacidade e à intimidade do projeto de vida individual e parental dos envolvidos*” (MORAES, Maria Celina Bodin de. Comentário ao artigo 226. In CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar, F; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L (coord). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 2122).

Por força desse direito, não se pode admitir qualquer ingerência alheia com vistas a restringir ou condicionar o planejamento familiar. **O Estado não pode impor escolhas trágicas a quem pretende constituir família.** Disso decorre tanto o dever de intervir nas relações públicas, quando o obstáculo é constituído diretamente pelo Estado empregador, quanto o de horizontalizar os direitos fundamentais, nas relações de trabalho.

In casu, ao condicionar o afastamento à apresentação de atestado de saúde emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação ou a lactação, as normas impugnadas impõem o ônus de proteção à saúde da mulher e do bebê às empregadas. O planejamento familiar, que recai sobre pais e mães e é tutelado pelo Estado e pela sociedade, não se coaduna com a atribuição do ônus de demonstração probatória e documental apenas à empregada, mormente quando já se encontra inserida em situações de manifesto prejuízo à sua saúde.

- **Inconstitucionalidade por violação à igualdade de gênero**

A Constituição Federal de 1988 representou um marco contra a discriminação de gênero, tanto em ambiente familiar quanto laboral. A

ADI 5938 / DF

promoção do bem de todos, sem preconceito de sexo, foi alçada a objetivo fundamental da República (art. 3º, IV), mercê de ter sido explicitada a igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações (art. 5º, I).

Assim vêm acompanhando a legislação nacional e a jurisprudência dessa Corte. Dentre os precedentes em que foram chanceladas medidas diferenciadoras dos gêneros em prol da igualdade material, merecem ser mencionados a **Ação Declaratória de Constitucionalidade 19** e a **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.424**, em que o Plenário declarou a constitucionalidade de dispositivos da Lei 11.340/2006, Lei Maria da Penha; o **Recurso Extraordinário 658.312**, anulado por vícios processuais, que tratava do intervalo de quinze minutos para mulheres trabalhadoras antes da jornada extraordinária; o **Mandado de Segurança 29.963**, em que a Segunda Turma desta Corte entendeu ser possível exigir-se teste físico diferenciado para o homem e a mulher em concurso público; e o **Recurso Extraordinário 1058333**, que permitiu a remarcação do teste de aptidão física por candidatas gestantes em concursos públicos.

Também no plano internacional, vê-se a preocupação comum de combater as injustiças sociais pautadas no gênero. O Brasil é signatário da **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher**. Internalizado por meio do Decreto 4.377, de 13 de setembro de 2002, o compromisso impõe que sejam adotadas todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher também na esfera profissional. Em particular, a fim de assegurar condições de igualdade entre homens e mulheres, o artigo 11 da Convenção assegura expressamente “o direito ao trabalho como direito inalienável de todo ser humano”, “o direito às mesmas oportunidades de emprego”, “o direito à proteção da saúde e à segurança nas condições de trabalho, inclusive a salvaguarda da função de reprodução”; e “o direito de escolher livremente profissão e emprego”.

Consentâneo com tal ideário de igualdade material da mulher e promoção de sua liberdade de escolha profissional, a proteção à trabalhadora gestante e lactante assegura a **autonomia existencial para fins reprodutivos**, com os efeitos normativos decorrentes. A despeito dos

ADI 5938 / DF

avanços normativos, a liberdade reprodutiva – compreendida como a “autonomia da mulher para decidir sobre seu próprio corpo em relação ao desejo ou não de procriar” – ainda claudica em determinados setores da sociedade (BARBOZA, Heloisa Helena. *(Des)Igualdade de gênero: restrições à autonomia da mulher*. Pensar, Fortaleza, v. 22, n. 1, p. 240-271, jan./abr. 2017, p. 260).

É que, diante das elevadas taxas de desemprego, que atingem ainda mais diretamente a mulher no mercado de trabalho, muitas vezes inexistente planejamento familiar capaz de conciliar os interesses profissionais e maternos. Por tais razões, a “escolha” no mais das vezes impõe às mulheres o sacrifício de sua carreira, traduzindo-se em direta perpetuação da desigualdade de gênero.

Sequer se cogite de que a norma estabelece uma alternativa, prestigiando a liberdade de escolha da trabalhadora. O cinismo dessa falsa liberdade oculta o enraizamento da discriminação social que recai sobre a mulher. É que, nos termos de “**dualidade da construção social**” de que trata Nancy Hirschmann, professora de ciência política na Universidade da Pensilvânia, os desejos, preferências, ações e escolhas são tão socialmente construídos quanto as condições externas que os restringem ou viabilizam. Como tudo é contextual, fruto da construção social, a avaliação individual da liberdade dependerá das avaliações socialmente construídas de outros valores, como como escolha, integridade corporal, desenvolvimento profissional e/ou relações de carinho.

Ainda que se tratasse de direitos disponíveis, o que evidentemente não ocorre, a escolha da trabalhadora de apresentar atestado ao empregador, a fim de afastar-se dos fatores insalubres – ou do próprio trabalho, quando inexistente atribuição alternativa –, não se dissocia das amarras socialmente construídas do dever de maternidade, da proteção do nascituro, da responsabilidade pela harmonia familiar, que recaem desproporcionalmente sobre a mulher.

É nisso que resulta “**o frequente sexismo da teoria da liberdade**”, que perpetua, sob pretextos de uma ideologia iluminista, práticas

ADI 5938 / DF

modernas de sexismo (HIRSCHMANN, Nancy J. “Toward a Feminist Theory of Freedom.” *Political Theory*, vol. 24, no. 1, 1996, pp. 46–67). Não se trataria de uma escolha livre, por ser carregada dos vieses sexistas que respondem pela culpa materna e perpetuam a desigualdade da mulher no mercado de trabalho.

- **Inconstitucionalidade por violação aos valores sociais do trabalho**

Aplicada a isonomia às relações de trabalho, a proibição de diferença de salários e de exercício de funções por motivo de sexo foi expressamente reconhecida como direito dos trabalhadores, assim como o adicional de remuneração por atividades insalubres (art. 7º, XXIII e XXX).

Nada obstante, a questão de gênero é determinante no mercado de trabalho. De uma forma geral, **as mulheres brasileiras ganham, em média, 76% da remuneração masculina**, segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD). Mulheres negras recebem ainda menos: 43% dos salários dos homens brancos.

A persistente desigualdade salarial se revela sob a perspectiva da escolaridade. **Mulheres com 12 anos ou mais de estudo ganham, em média, 68% do que homens com a mesma escolaridade**, segundo apontam pesquisadores da Coordenação de Gênero, Raça e Gerações do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea).

Nos termos do artigo 20 da LINDB, incluído pela Lei nº 13.655, de 2018, ainda que o intérprete possa invocar valores abstratos como fundamento decisório, deve avaliar as **consequências práticas da aplicação dos valores abstratos nas decisões judiciais**. Confira-se:

“Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas”.

ADI 5938 / DF

Como reconhece Marçal Justen Filho, em obra específica, “a previsão dos efeitos práticos da decisão é indispensável para determinar a compatibilidade da escolha realizada com o valor abstrato invocado” (JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nov. 2018. p. 29). Isso porque o resultado prático produzido pela decisão adotada pode não corresponder aos valores que se pretende prestigiar com a decisão, sendo essencial um juízo prognóstico de consequências das alternativas possíveis.

In casu, deve-se estimar se a supressão da parte final dos dispositivos impugnados terá o condão de promover uma maior proteção aos valores constitucionais que fundamentam a inconstitucionalidade – isonomia, proteção à família, maternidade, saúde e valores do trabalho – do que sua manutenção.

De um lado, as normas impugnadas desfavorecem a plena proteção dos interesses constitucionalmente protegidos, na medida em que sujeitam as trabalhadoras a maior embaraço para o exercício de seus direitos. De outro, por tratar-se de medida legal protetiva direcionada ao âmbito privado, é preciso avaliar se o agente empregador, mais suscetível a incentivos econômicos, poderia contornar a determinação legal com uma resposta ainda mais discriminadora.

Assim restou consignado pelo Plenário desta Corte no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1946, *verbis*:

“DIREITO CONSTITUCIONAL, PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. LICENÇA-GESTANTE. SALÁRIO. LIMITAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 14 DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 3º, IV, 5º, I, 7º, XVIII, E 60, § 4º, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. O legislador brasileiro, a partir de 1932 e mais claramente desde 1974, vem tratando o problema da proteção à

ADI 5938 / DF

gestante, cada vez menos como um encargo trabalhista (do empregador) e cada vez mais como de natureza previdenciária. Essa orientação foi mantida mesmo após a Constituição de 05/10/1988, cujo art. 6º determina: a proteção à maternidade deve ser realizada "na forma desta Constituição", ou seja, nos termos previstos em seu art. 7º, XVIII: "licença à gestante, sem prejuízo do empregado e do salário, com a duração de cento e vinte dias".

2. Diante desse quadro histórico, não é de se presumir que o legislador constituinte derivado, na Emenda 20/98, mais precisamente em seu art. 14, haja pretendido a revogação, ainda que implícita, do art. 7º, XVIII, da Constituição Federal originária. Se esse tivesse sido o objetivo da norma constitucional derivada, por certo a E.C. nº 20/98 conteria referência expressa a respeito. E, à falta de norma constitucional derivada, revogadora do art. 7º, XVIII, a pura e simples aplicação do art. 14 da E.C. 20/98, de modo a torná-la insubsistente, implicará um retrocesso histórico, em matéria social-previdenciária, que não se pode presumir desejado.

3. **Na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R\$1.200,00 (hum mil e duzentos reais) por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira, facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora. Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da C.F./88), proibição, que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal. Estará, ainda, conclamado o empregador a oferecer à mulher trabalhadora, quaisquer que sejam suas aptidões, salário nunca superior a R\$1.200,00, para não ter de responder pela diferença. Não é crível que o constituinte derivado, de 1998, tenha chegado a esse ponto, na**

ADI 5938 / DF

chamada Reforma da Previdência Social, desatento a tais conseqüências. Ao menos não é de se presumir que o tenha feito, sem o dizer expressamente, assumindo a grave responsabilidade.

4. A convicção firmada, por ocasião do deferimento da Medida Cautelar, com adesão de todos os demais Ministros, ficou agora, ao ensejo deste julgamento de mérito, reforçada substancialmente no parecer da Procuradoria Geral da República.

5. (...). (ADI 1946, Rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, DJ 16-05-2003)

À ocasião, discutia-se a repartição social dos custos do salário maternidade, mas a mesma *ratio* estende-se perfeitamente à presente hipótese. Quando o empregador arca sozinho com os custos financeiros do afastamento da empregada ou do adicional de insalubridade da trabalhadora gestante/lactante, **surge um incentivo perverso para a preterição de trabalhadoras mulheres ou redução de seu salário efetivo, transferindo o custo social à mulher.** A desoneração não visa a beneficiar o empregador, mas a combater à desigualdade de gênero no mercado de trabalho.

In casu, portanto, a hipótese de reversão prática da proteção da mulher no mercado de trabalho, ainda que bastante plausível, parece ser rechaçada pelo desenho normativo que atribui as custas do afastamento incondicional à solidariedade social. **Ao repartir socialmente os custos de se impedir a exposição a fatores de risco que, por discriminação, incorreriam à trabalhadora** para, além de proporcional, o artigo 394-A da CLT concretiza o **princípio da solidariedade social.**

Ainda no âmbito de reflexões consequencialistas, há um *benefício auxiliar* decorrente de se combater a desigualdade de gênero no mercado de trabalho, assim compreendido por ser um impacto favorável da medida tipicamente não relacionado ou secundário. É que, **assim se reforça a capacidade produtiva nacional, ao reter mão-de-obra de grande parte da população em idade ativa, no caso de mulheres, que**

ADI 5938 / DF

possuem dependentes.

Como aponta Martha Nussbaum, “arranjos que acabam com a discriminação em razão da raça e do sexo pelo menos podem ser considerados economicamente eficientes, porque incluem na força de trabalho, sem redesenho caro, um grande grupo de trabalhadores produtivos que de outra forma não poderiam ser incluídos” (NUSSBAUM, Martha. *Frontiers of justice: Disability, nationality, species membership*. Harvard University Press, 2009. p. 117-118).

- **Inconstitucionalidade da norma por violação à proteção à saúde**

Também como direito social tutelado expressamente no artigo 6º, o direito à saúde requer uma especial proteção no presente caso. Não se revelaria proporcional nem razoável exigir que a trabalhadora colocasse, de forma irresponsável, a vida do bebê em risco, mediante a exposição a fatores externos incompatíveis com a fase gestacional ou de amamentação.

Na busca de manter seu emprego no médio prazo, poderia a trabalhadora, verificada a gestação, preferir se submeter a fatores de risco e não apresentar atestado médico algum. A atitude poria em risco a saúde da gestante, decorrente de um eventual aborto espontâneo, e também do bebê, vulnerável na lactação e mais ainda na fase gestacional.

Há de reconhecer que o interesse de que a grávida leve a gestação a termo com êxito exorbita os limites individuais da genitora, alcançando outros indivíduos e a coletividade. Enquanto a saúde pessoal do trabalhador pode configurar motivos exclusivamente individuais ou particulares, a maternidade e a família constituem direitos fundamentais do *homem-social* e do *homem-solidário*, na nomenclatura de José Afonso da Silva (*Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 186).

A irrenunciabilidade desse direito, de dupla titularidade, foi destacada pelo Min. Relator, ao conceder a cautelar, tendo destacado que “[a] proteção a maternidade e a integral proteção à criança são **direitos**

ADI 5938 / DF

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”. Acrescentou, ainda, que a proteção aos interesses do recém-nascido se verifica na “sua convivência integral com a mãe, nos primeiros meses de vida, de maneira harmônica e segura e sem os perigos de um ambiente insalubre”.

De par com isso, como bem salienta Maurício Godinho Delgado, a proteção social ao meio ambiente laboral decorre do direito à 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”, segundo o artigo 196 da Constituição. Assim, “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” (DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 867-868).

A insalubridade deve, prioritariamente, ser eliminada ou neutralizada pelo empregador em prol de todos os trabalhadores – que, por tal circunstância, colocam-se em situação de vulnerabilidade. Por tal razão, não merece prosperar a alegação da Advocacia Geral da União, de que “em algumas situações, mesmo com o risco controlado, isto é, o ambiente de trabalho não oferece nenhum perigo diverso que outro em que não são realizadas atividades insalubres, a atividade não deixa de ser classificada como insalubre”. Ainda que possa haver casos excepcionalíssimos de erro no enquadramento, cabe a empresa zelar pela atualização da avaliação do risco, sendo seu absoluto interesse.

A excepcionalidade da hipótese foi destacada pelo Ministério do Trabalho na Nota Informativa 32/2018/DSST/SIT. Embora conclua que “não é razoável a generalização completa com afastamento de todas as atividades consideradas insalubres”, reconhece que “infelizmente, os estudos ainda são escassos, e convive-se com muitas incertezas” quanto à vulnerabilidade do período gestacional vis-à-vis o período de amamentação e à variação de risco consoante a etapa gestacional e o

ADI 5938 / DF

agente de insalubridade.

A existência de riscos graves e a incerteza quanto às dimensões exatas desse risco no caso concreto constituem os fundamentos de aplicação do **princípio da precaução**, a informar a predileção por alternativas que aumentem a salvaguarda dos envolvidos. Nesse sentido, esclarece a Min. Carmen Lúcia, relatora da ADPF 101, em excerto de seu voto condutor, *in verbis*:

“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” (ADPF 101, Rel. Min. Cármen Lúcia, Pleno, DJe 04-06-2012).

No mesmo sentido é a jurisprudência desta 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. Mostra-se **desproporcional, por proteção deficiente**, a previsão legal **que** determina o afastamento automático da mulher gestante do ambiente insalubre, enquanto durar a gestação, somente no caso de insalubridade em grau máximo.

Ex positis, sugere-se votar pela procedência da ação, a fim de ver reconhecida a inconstitucionalidade 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.

29/05/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.938 DISTRITO FEDERAL**VOTO**

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, Senhores Ministros, cumprimento com ênfase o Ministro-Relator, Ministro Alexandre de Moraes, e não posso deixar de fazer um cumprimento muito especial à Ministra Rosa Weber, que traz um voto na mesma linha do Ministro-Relator, entretanto apresentando um quadro muito completo do que tem sido essa legislação a respeito da saúde da mulher, antes e agora, especialmente no momento de julgamento de um caso em que houve ponderação e apresentação de argumentos contrários pelo *amicus curiae*.

Este é um caso, Senhor Presidente, em que se mostra bem que, às vezes, sob a aparência de querer se ajudar as mulheres - ou podia ser qualquer outro grupo, neste caso é a mulher -, dizendo que, quando apresentar atestado a recomendar o seu afastamento, que este afastamento se daria. Fica em desconforto aquela mulher que, primeiro, nem tem acesso a um médico, às vezes nem tem acesso a um médico da sua confiança, como é um grande número de mulheres, e que em tudo desatende ao que já tinha sido conquistado e consolidado, tanto legalmente quanto na administração dos serviços que são prestados obrigatoriamente à mulher, no caso do trabalho.

Como aqui lembrou a Ministra Rosa Weber, no seu primoroso e rico voto apresentado, até do histórico desse direito, a Constituição, na esteira dos documentos internacionais, vem protegendo a mulher e a criança. E é neste sentido que, nesta fase de gestação e de lactação, a mulher recebe esse tratamento especial no sentido do seu afastamento, que o Ministro Alexandre de Moraes enfatizou, até dela mesma, porque ela pode não se afastar com receio, com medo de perder o emprego, ou de ser considerada como se fosse uma vulnerabilidade, que a gestação não é, é uma bênção, e mesmo nestes casos acaba sendo retaliada por uma sociedade na qual qualquer possibilidade de afastamento do empregado

ADI 5938 / DF

opera em seu desfavor.

Estou acompanhando integralmente o voto do Ministro-Relator, no sentido da procedência da ação, com não apenas os meus cumprimentos por ter trazido este julgamento já o convolando em julgamento de mérito, mas de uma forma especial ao voto da Ministra Rosa Weber, que tão brilhantemente expôs todo o quadro e a trajetória dessa conquista de direitos.

É como voto, Presidente.

29/05/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.938 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, Senhores Ministros!

O Ministro Alexandre esgotou o assunto com maestria, tal como fizeram os Ministros que o seguiram, nesse voto que considero brilhante e histórico. Nós estamos claramente diante de uma infração ao princípio da vedação do retrocesso.

Todos nós sabemos que existe um núcleo duro na Constituição Federal, um núcleo duro de direitos e garantias que correspondem ao mínimo existencial fundado em outro princípio, o da dignidade da pessoa humana. Com relação a essa barreira, não há nenhuma possibilidade de retrocesso! E o Ministro Alexandre de Moraes bem apontou, a Ministra Rosa Weber, também agora, de forma mais explícita, que houve claramente uma infração a esse valor magno não só da Constituição brasileira, mas de constituições de outros países civilizados. E consta, inclusive, de tratados internacionais, implícita ou explicitamente, essa vedação do retrocesso.

Eu queria salientar, o que me parece especialmente louvável, a coragem do Ministro Alexandre de Moraes ao deferir a liminar, diante de um evidente *periculum in mora* e *fumus bonis iuris*. Eu cumprimentei Sua Excelência no momento azado, apropriado. Saliento que o juiz precisa ter coragem de conceder a cautelar, de enfrentar questões que sejam controvertidas do ponto de vista da opinião pública. E este é um assunto controvertido, não este em particular, mas a reforma trabalhista é um assunto controvertido. O Ministro Alexandre de Moraes enfrentou essa questão com desassombro e concedeu a liminar.

E nessa linha, Senhor Presidente, acho importante lembrar, porque temos certamente alunos presentes, advogados presentes, mais jovens, uma frase, um trecho, um excerto da obra, que é muito citado, de Ruy

ADI 5938 / DF

Barbosa e deve ser lembrado nesses momentos difíceis por que passam o País e o mundo como um todo. Diz o seguinte o patrono da advocacia brasileira:

“Medo, venalidade, paixão partidária, respeito pessoal, subserviência, espírito conservador, interpretação restritiva, razões de estado, interesse supremo, como quer que te chames, prevaricação judiciária, não escaparás ao ferrete de Pilatos! O bom ladrão salvou-se. Mas não há salvação para o juiz covarde”.

Portanto, na linha desse iluminado trecho de Ruy Barbosa, eu me permito saudar mais uma vez, agora na presença física, o Ministro Alexandre de Moraes não só pelo voto, como pela liminar que concedeu no devido tempo.

Isso posto, acompanho o Relator.

29/05/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.938 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Também eu, Presidente, queria cumprimentar o Ministro Alexandre de Moraes e saudar o belíssimo voto proferido pela Ministra Rosa Weber a partir da base histórica do desenvolvimento do Direito Social do Trabalho.

E, sem mais delongas, acompanhar às inteiras as manifestações dos que me antecederam.

29/05/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.938 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, ante as primeiras palavras do Relator, digo que não votarei como pai de três filhas, sendo que duas foram gestantes e lactantes. Sou convocado a pronunciar-me para revelar o entendimento sobre a harmonia, ou não, do artigo 394-A da Consolidação das Leis do Trabalho com a Constituição Federal.

Inicio dizendo, com desassombro, que a Reforma Trabalhista começa a fazer água, para utilizar rótulo bem ao alcance do leigo, considerada decisão – pelo visto, o placar será acachapante – do Supremo.

Extraio da Constituição Federal princípio básico, que somente é afastável por ela, Constituição Federal: o do tratamento igualitário levando em conta os gêneros, o masculino e o feminino.

Tudo se mostra muito bonito, observados os votos proferidos até aqui, mas não cabe simplesmente como que – e vejo não ser a óptica da sempre ilustrada e douta maioria – partir para atuação que encerre verdadeira política normativa.

Não é sem razão que o Capítulo III da Consolidação das Leis do Trabalho, que versa a proteção do trabalho da mulher, tem início com artigo a encerrar o princípio a que me referi, do tratamento igualitário:

Art. 372. Os preceitos que regulam o trabalho masculino são aplicáveis ao trabalho feminino, naquilo que não colidirem com a proteção especial instituída por este Capítulo.

Nada surge, já diziam os antigos, sem causa. E houve motivação, Presidente, para a reforma trabalhista ocorrida. Essa motivação foi justamente – cogito, de um lado, da globalização – o impiedoso mercado de trabalho, com oferta excessiva de mão de obra e escassez de empregos.

Toda visão alargada da proteção ao gênero feminino acaba prejudicando o próprio gênero feminino, tendo em vista a arregimentação de mão de obra e postura que passa a haver – e repito que a vida econômica é impiedosa – pelo tomador dos serviços.

ADI 5938 / DF

A mulher precisa ser tutelada além do que se mostra razoável? Tutelada além do que é, considerada a Lei das leis? Não, Presidente. A mulher deve ter liberdade, e liberdade em sentido maior.

O que nos vem do artigo 394 – não me refiro ao artigo com letra do alfabeto, ao 394-A – da Consolidação das Leis do Trabalho? Vem que:

"Mediante atestado médico, à mulher grávida é facultado romper o compromisso" – fica dispensada inclusive do aviso prévio, que deve ser concedido ao tomador dos serviços – "resultante de qualquer contrato de trabalho, desde que este seja" – o trabalho – "prejudicial à gestação".

Assegurou-se o que aponte como um bem de gradação maior que é a liberdade, a liberdade da prestadora dos serviços diante do estado gravídico.

O artigo 394-A, aprovado diante do mercado de trabalho, diante do contexto mundial, em termos de prestação de serviços, o que prevê?

"A empregada gestante será afastada, enquanto durar a gestação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres e exercerá suas atividades em local salubre," – desde que haja esse local salubre no tomador dos serviços – "excluído, nesse caso, o pagamento de adicional de insalubridade."

Tem-se o inciso I desse mesmo artigo 394-A – e que não é atacado nesta ação direta de inconstitucionalidade –, a dispor:

"I – atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação;"

Ela é afastada.

E vem o inciso II, impugnado:

"II – atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando" – ela, prestadora de serviços – "apresentar

ADI 5938 / DF

atestado de saúde, emitido" – e está previsto pedagogicamente no preceito – "por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação;"

Onde o conflito dessa norma com a Constituição Federal? Não é razoável preconizar-se que haja um pronunciamento técnico de profissional da medicina sobre a conveniência do afastamento do ambiente insalubre em grau médio? Porque, se for em grau máximo, tem-se enquadramento no inciso anterior, e o afastamento independe de qualquer atestado.

No inciso III, versa-se a problemática – que não é problema, ao contrário, é recomendável – da lactação. Prevê o dispositivo:

"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."

Pergunta-se, se os preceitos encerram a liberdade da prestadora dos serviços, se visam atender às exigências do mercado de trabalho para não se criarem óbices à contratação da mão de obra feminina, como assentar a inconstitucionalidade? Com que norma da Lei das leis, que é a Constituição Federal, conflitam esses dois dispositivos? Não se tem como indicá-la, porque a proteção prevista na Constituição Federal, quanto à trabalhadora, está preservada. Não se discute o direito à licença, que, geralmente, se deixa para tirar após o parto; cogita-se tão somente da necessidade, se esse for o desejo da mulher, de apresentar atestado médico no sentido da conveniência do afastamento. Não é desarrazoada essa exigência, Presidente. E é muito fácil conseguir-se atestado médico.

Há uma situação, inclusive, que se verificou no Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, tendo em conta a indústria dos atestados médicos para ter-se o afastamento, em alguns dias, do serviço. Um juiz, à época advogado – e acabei substituindo-o no Tribunal Regional do Trabalho –, defendendo empresas de ônibus, disse que não se poderia potencializar o

ADI 5938 / DF

atestado médico justificador de faltas ao serviço. E para demonstrar o asseverado, leu atestado, revelando que o Juiz que presidia a Junta de Conciliação e Julgamento estava, naquele dia, impossibilitado de trabalhar.

Há princípio básico, em termos de controle difuso e concentrado de constitucionalidade. Para concluir-se pela pecha de inconstitucionalidade, indispensável é que o conflito da norma com a Constituição Federal salte aos olhos, seja perceptível, seja robusto, à primeira visão. E repito: em preceito que encerra tão somente liberdade, liberdade da mulher prestadora dos serviços, no que prevista a possibilidade de afastamento do ambiente insalubre, em grau médio, se apresentado atestado médico, em outro que versa a questão da lactação, quanto a esse requisito para o afastamento, não há como assentar a inconstitucionalidade.

Prometendo reexaminar o que acabo de exteriorizar, fruto de convencimento, considerada acachapante votação até aqui, concluo pela harmonia, plena harmonia da reforma trabalhista, nesses pontos, com a Constituição Federal.

Voto no sentido da improcedência do pedido inicial formulado nesta ação direta de inconstitucionalidade.

29/05/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.938 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Acompanho, integralmente, o primoroso voto proferido pelo eminente Ministro ALEXANDRE DE MORAES.

Destaco, ainda, o luminoso pronunciamento da eminente Ministra ROSA WEBER, que, ao acompanhar a manifestação do Relator, pôs em evidência o fato, *relevantíssimo*, de que o nosso ordenamento constitucional, na matéria ora em exame, refletiu expressiva tomada de posição por parte do Estado brasileiro em tema *de proteção à maternidade, ao nascituro e à criança, estabelecendo, em favor destes e da trabalhadora gestante* (e, também, da lactante), especial proteção de índole jurídico-social destinada a impedir a sua *exposição a atividades insalubres e aos efeitos nocivos destas resultantes*, em ordem a tornar efetivos, em plenitude, os direitos básicos fundados nos arts. 6º, 7º, inciso XXXIII, 196, 201, inciso II, 203, inciso I, e 227, todos da Constituição da República.

Se esta Suprema Corte, por absurdo, julgasse válida a expressão normativa contida na regra legal ora impugnada, tal decisão implicaria frontal transgressão ao princípio que veda o retrocesso social.

O exame desse importante postulado constitucional, consideradas as razões que lhe são subjacentes e sobre as quais já discorri, longamente, em votos proferidos nesta Corte (ADI 3.105/DF – ADI 4.350/DF – ARE 727.864-AgR/PR – RE 581.352-AgR/AM– RE 795.749-AgR/CE – STA 223-AgR/PE, v.g.), permite-me afirmar que a cláusula legal em questão, caso mantida fosse, provocaria inadmissível efeito perverso resultante do desrespeito e da ofensa ao princípio que veda o retrocesso social.

ADI 5938 / DF

Como se sabe, o princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, **que sejam desconstituídas** as conquistas já alcançadas pelo cidadão **ou** pela formação social em que ele vive, **consoante adverte** *autorizado magistério doutrinário* (GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, “**Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**”, 1ª ed./2ª tir., p. 127/128, 2002, Brasília Jurídica; J. J. GOMES CANOTILHO, “**Direito Constitucional e Teoria da Constituição**”, p. 320/322, item n. 03, 1998, Almedina; ANDREAS JOACHIM KRELL, “**Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**”, p. 40, 2002, Sergio Antonio Fabris Editor; INGO W. SARLET, “**Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**”, “*in*” Interesse Público, p. 91/107, n. 12, 2001, Notadez; THAIS MARIA RIEDEL DE RESENDE ZUBA, “**O Direito Previdenciário e o Princípio da Vedação do Retrocesso**”, p. 107/139, itens ns. 3.1 a 3.4, 2013, LTr, v.g.).

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.

Lapidar, sob todos os aspectos, o magistério de J. J. GOMES CANOTILHO, **cuja lição**, a propósito do tema, **estimula** as seguintes reflexões (“**Direito Constitucional e Teoria da Constituição**”, p. 320/321, item n. 3, 1998, Almedina):

“O princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social.

A idéia aqui expressa também tem sido designada como proibição de ‘contra-revolução social’ ou da ‘evolução reaccionária’.

ADI 5938 / DF

Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), **uma vez obtido** um determinado grau de realização, **passam a constituir**, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. **A 'proibição de retrocesso social'** nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fáctica), **mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos** (ex.: **segurança social**, subsídio de desemprego, **prestações de saúde**), **em clara violação** do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana. O reconhecimento desta protecção de direitos prestacionais de propriedade, subjectivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjectivamente alicerçadas. A violação no núcleo essencial efectivado justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente aniquiladoras da chamada justiça social. Assim, por ex., será inconstitucional uma lei que extinga o direito a subsídio de desemprego ou pretenda alargar desproporcionadamente o tempo de serviço necessário para a aquisição do direito à reforma (...). De qualquer modo, mesmo que se afirme sem reservas a liberdade de conformação do legislador nas leis sociais, as eventuais modificações destas leis devem observar os princípios do Estado de direito vinculativos da actividade legislativa e o núcleo essencial dos direitos sociais. **O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim:** o núcleo essencial dos direitos já realizado e efectivado através de medidas legislativas ('lei da segurança social', 'lei do subsídio de desemprego', 'lei do serviço de saúde') deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa 'anulação', 'revogação' ou 'aniquilação' pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado." (grifei)

ADI 5938 / DF

Bem por isso, cabe lembrar, por relevante, que o Tribunal Constitucional português (Acórdão nº 39/84), ao invocar a cláusula da proibição do retrocesso, reconheceu a inconstitucionalidade de ato estatal que revogara garantias já conquistadas em tema de direitos sociais, vindo a proferir decisão assim resumida pelo ilustre Relator da causa, Conselheiro VITAL MOREIRA, em douto voto de que extraiu o seguinte fragmento (“Acórdãos do Tribunal Constitucional”, vol. 3/95-131, 117-118, 1984, Imprensa Nacional, Lisboa):

“Que o Estado não dê a devida realização às tarefas constitucionais, concretas e determinadas, que lhe estão cometidas, isso só poderá ser objecto de censura constitucional em sede de inconstitucionalidade por omissão. Mas quando desfaz o que já havia sido realizado para cumprir essa tarefa, e com isso atinge uma garantia de um direito fundamental, então a censura constitucional já se coloca no plano da própria inconstitucionalidade por acção.

Se a Constituição impõe ao Estado a realização de uma determinada tarefa – a criação de uma certa instituição, uma determinada alteração na ordem jurídica –, então, quando ela seja levada a cabo, o resultado passa a ter a protecção directa da Constituição. O Estado não pode voltar atrás, não pode descumprir o que cumpriu, não pode tornar a colocar-se na situação de devedor. (...) Se o fizesse, incorreria em violação positiva (...) da Constituição.

.....
Em grande medida, os direitos sociais traduzem-se para o Estado em obrigação de fazer, sobretudo de criar certas instituições públicas (sistema escolar, sistema de segurança social, etc.). Enquanto elas não forem criadas, a Constituição só pode fundamentar exigências para que se criem; mas após terem sido criadas, a Constituição passa a proteger a sua existência, como se já existissem à data da Constituição. As tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, obrigam-no

ADI 5938 / DF

também a não aboli-los uma vez criados.

*Quer isto dizer que a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixar de consistir apenas) numa obrigação **positiva**, para se transformar (ou passar também a ser) numa obrigação **negativa**. O Estado, que estava obrigado a **actuar** para dar satisfação ao direito social, **passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social.***

Este enfoque dos direitos sociais faz hoje parte integrante da concepção deles a teoria constitucional, mesmo lá onde é escasso o elenco constitucional de direitos sociais e onde, portanto, eles têm de ser extraídos de cláusulas gerais, como a cláusula do 'Estado social'." (grifei)

É por tal razão, Senhor Presidente, que, **referendando** a medida cautelar anteriormente deferida, **julgo procedente** o pedido formulado na presente ação direta para **declarar a inconstitucionalidade da expressão normativa** “quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento”, **inscrita** nos incisos II e III do art. 394-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), **acrescentados** pelo art. 1º da Lei nº 13.467/2017.

Nesse sentido, Senhor Presidente, **é o meu voto.**

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.938

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. ALEXANDRE DE MORAES

REQTE.(S) : CONFEDERACAO NACIONAL DOS TRABALHADORES METALURGICOS

ADV.(A/S) : CARLOS GONCALVES JUNIOR (173287/MG, 149994/RJ, 183311/SP) 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 (41048/MG) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : CENTRAL DOS SINDICATOS BRASILEIROS - CSB

ADV.(A/S) : JACQUELINE AMARILIO DE SOUSA (35446/DF)

AM. CURIAE. : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE - CNS

ADV.(A/S) : MARCOS VINICIUS BARROS OTTONI (DF016785/)

AM. CURIAE. : CENTRAL UNICA DOS TRABALHADORES-CUT

ADV.(A/S) : JOSE EYMARD LOGUERCIO (DF001441/)

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, conheceu da ação direta de inconstitucionalidade. Por maioria, confirmou a medida cautelar e julgou procedente o pedido formulado na ação direta 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, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio. Falaram: pelo *amicus curiae* Confederação Nacional de Saúde - CNS, o Dr. Marcos Vinicius Barros Ottoni; e, pelo *amicus curiae* Central Única dos Trabalhadores - CUT, o Dr. Ricardo Quintas Carneiro. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário 29.05.2019.

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Luciano Mariz Maia.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário