

**MEDIDA CAUTELAR NA 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**

DECISÃO

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;**

ADI 5938 MC / DF

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, 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) informou que a norma impugnada foi processada *“dentro dos estritos trâmites constitucionais e regimentais”*.

A Presidência da República (peça 19) prestou informações, apontando incongruências nos argumentos da postulante. Alegou que 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 Autora, uma possibilidade de perda da remuneração que levaria mulheres a deixarem de procurar o médico, colocando em risco a si mesmas e 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 informações prestadas pelo Ministério do Trabalho.

ADI 5938 MC / DF

A Advogada-Geral da União (peça 28) manifestou-se, preliminarmente, pelo conhecimento parcial da ação ante a irregularidade das procurações, nas quais haveria outorga de poderes de representação apenas para a 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. Aduz que o texto atual 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 no momento da contratação. Tratar-se-ia, assim, de 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 Senado Federal, embora regularmente notificado para prestar informações, não se manifestou (doc. 20).

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 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

ADI 5938 MC / DF

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.

O Sindicato dos Empregados em Estabelecimento de Serviços de Saúde de Belo Horizonte, Caeté, Vespasiano e Sabará – SINDEESS e a Central dos Sindicados Brasileiros – CSB foram admitidos no processo na qualidade de *amici curiae*.

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

É o relatório.

Anoto, inicialmente, que a representação processual da Autora foi regularizada com a apresentação de nova procuração que menciona explicitamente os dispositivos legais impugnados nesta Ação (doc. 49).

Afasto, de outro lado, a preliminar de distribuição desta Ação por prevenção ao Ministro EDSON FACHIN, relator da ADI 5.605, que tem por objeto o art. 394-A da Consolidação das Leis do Trabalho, *em sua redação original*.

Embora o objeto versado na presente Ação guarde proximidade temática com a matéria da ADI 5.605, a questão constitucional debatida é diversa, sendo distintos os dispositivos legais questionados nesta e naquela Ação. Observo que o art. 77-B do RISTF determina a distribuição por prevenção em ações de controle concentrado de constitucionalidade *quando haja coincidência total ou parcial de objetos*, o que não é o caso. Nesse sentido: ADI 4.876, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Pleno, DJ de 1/7/2014 e ADI

ADI 5938 MC / DF

4.818, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, decisão monocrática publicada em 17/9/2012.

Em virtude da presença de enorme relevância da questão constitucional em foco, relacionada à tutela de direitos da empregada gestante, da empregada lactante, do nascituro e do recém-nascido lactente, liberei relatório e solicitei, em 18/12/2018, pauta para a realização de julgamento definitivo.

Ocorre, porém, que, em face do elevado número de processos submetidos ao Plenário desta SUPREMA CORTE, ainda não houve possibilidade de agendamento, sendo, portanto, necessária a concessão da medida liminar para a suspensão de eficácia das expressões impugnadas.

A concessão de medida cautelar nas ações de jurisdição constitucional concentrada necessita de comprovação de perigo de lesão irreparável (IVES GANDRA MARTINS, Repertório IOB de jurisprudência, n 8/95, p. 150/154, abr. 1995), uma vez tratar-se de exceção ao princípio segundo o qual os atos normativos são presumidamente constitucionais (ADI 1.155, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJ de 18/5/2001), conforme ensinamento de PAULO BROSSARD, “segundo axioma incontroverso, a lei se presume constitucional. A lei se presume constitucional, porque elaborada pelo Poder Legislativo e sancionada pelo Poder Executivo, isto é, por dois dos três poderes, situados no mesmo plano que o Judiciário” (A constituição e as leis a ela anteriores. Arquivo Ministério Justiça. Brasília, 45 (180), jul./dez. 1992. p. 139).

A análise dos requisitos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora* para a concessão de medida liminar em sede de controle abstrato de constitucionalidade admite maior discricionariedade por parte do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, com a realização de verdadeiro juízo de conveniência política da suspensão da eficácia (ADI 3.401 MC, Rel. Min. GILMAR MENDES, Pleno, decisão: 3/2/2005), pelo qual deverá ser analisada a “conveniência da suspensão cautelar da lei impugnada” (ADI 425 MC, Rel. Min. PAULO BROSSARD, Tribunal Pleno, decisão: 4/4/1991;

ADI 5938 MC / DF

ADI 467 MC, Rel. Min. OCTÁVIO GALLOTTI, Tribunal Pleno, decisão: 3/4/1991), permitindo, dessa forma, uma maior subjetividade na análise da “relevância do tema, bem assim em juízo de conveniência, ditado pela gravidade que envolve a discussão” (ADI 490 MC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno, decisão: 6/12/1990; ADI 508 MC, Rel. Min. OCTÁVIO GALLOTTI, Pleno, decisão: 16/4/1991), bem como da “plausibilidade inequívoca” e dos evidentes “riscos sociais ou individuais, de várias ordens, que a execução provisória da lei questionada gera imediatamente” (ADI 474 MC, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, decisão: 4/4/1991), ou, ainda, das “prováveis repercussões” pela manutenção da eficácia do ato impugnado (ADI 718 MC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, decisão: 3/8/1992), da “relevância da questão constitucional” (ADI 804 MC, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, decisão: 27/11/1992) e da “relevância da fundamentação da arguição de inconstitucionalidade, além da ocorrência de *periculum in mora*, tais os entraves à atividade econômica” (ADI 173 MC, Rel. Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, decisão: 9/3/1990) ou social.

Na presente ação, os requisitos necessários para a concessão da medida cautelar estão presentes.

Está presente o *fumus boni juris* a amparar a suspensão da eficácia 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.

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*

ADI 5938 MC / DF

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 a maternidade* –, portanto, também decorre da absoluta prioridade que o art. 227 do texto constitucional estabelece de *integral proteção à criança*, inclusive, ao recém-nascido. Na presente hipótese, temos um direito de dupla titularidade

A *proteção a 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, em juízo de cognição sumária, 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 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*

ADI 5938 MC / DF

prevista no art. 10, inc. 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(a) 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.

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 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*.

O perigo da demora consiste no fato de as expressões impugnadas permitirem a exposição de empregadas grávidas e lactantes a trabalho em condições insalubres, o que deve ser obstado desde logo. 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.

Diante de todo o exposto, com fundamento no art. 10, § 3º, da Lei

ADI 5938 MC / DF

9.868/1999 e no art. 21, V, do RISTF, **CONCEDO A MEDIDA CAUTELAR, ad referendum** do Plenário desta SUPREMA CORTE, 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.

Comunique-se ao Presidente da República e ao Congresso Nacional para ciência e cumprimento desta decisão.

Destaco que o processo, submetido ao rito previsto no art. 12 da Lei 9.868/1999, já se encontra em condições de ser apresentado ao Colegiado, razão pela qual já foi pedida, em 18/12/2018, data para julgamento de mérito, nos termos do inciso X do artigo 21 do RISTF.

Publique-se.

Brasília, 30 de abril de 2019.

Ministro ALEXANDRE DE MORAES

Relator

Documento assinado digitalmente