

**DECISÃO DO SUPREMO NA ADI 5.938:
OS VALORES MATERIAIS E PROCESSUAIS
ENVOLVIDOS NA PROTEÇÃO À MATERNIDADE**
*SUPREME COURT DECISION IN ADI 5,938: THE MATERIAL
AND PROCESS VALUES INVOLVED IN MATERNITY
PROTECTION*

Roberta Ferme*
Rodrigo Trindade**

RESUMO: O tema das condições para trabalho de gestantes e lactantes em ambiente insalubre é amplamente discutido desde 2016 e segue em permanentes conflitos de encaminhamentos legislativos e interpretações doutrinárias e jurisprudenciais. A máxima importância de proteção à infância e à maternidade, bem como a vedação ao retrocesso e a análise acerca do posicionamento do Supremo Tribunal Federal frente a tais questões, é o objeto do presente estudo, focado no exame da ADI 5.938.

PALAVRAS-CHAVE: Proteção à Maternidade. Ambiente Insalubre. ADI 5.938. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: The theme of the conditions for the work of pregnant women and infants in an unhealthy environment has been widely discussed since 2016 and continues in constant conflicts of legislative referrals and doctrinal and jurisprudential interpretations. The maximum importance of child protection and maternity, as well as the fence to retreat and the analysis about the position of the Federal Supreme Court regarding such issues is the object of the present study, focused on the examination of ADI 5,938.

KEYWORDS: Maternity Protection. Unhealthy Environment. ADI 5,938. Brazilian Supreme Court.

* Juíza do trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região (Rio de Janeiro); doutoranda em Direito Processual na UERJ; especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela Universidade Gama Filho; juíza titular da 2ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro, atualmente juíza auxiliar da Vice-presidência do TST; professora de Direito Processual e Coletivo do Trabalho.

** Juiz do trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (Rio Grande do Sul); mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (UFPR); especialista em Derecho Laboral por la Universidad de la República (Udelar – Uruguay); professor de Direito do Trabalho na Fundação Escola da Magistratura do Trabalho da 4ª Região (Femargs) e professor convidado em diversos cursos de pós-graduação; fundador e membro titular da cadeira nº 5 da Academia Sul-Rio-Grandense de Direito do Trabalho (ASRDT); ex-presidente da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 4ª Região (Amatra IV).

Entre toda a centena de alterações legislativas promovidas pela Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017), a afetação das regras para trabalho de grávidas e gestantes parece ter sido a mais inesperada, impopular e que vem rendendo tentativas de revisão. Não é à toa que é exatamente sobre essa matéria que o Supremo Tribunal Federal produziu sua primeira decisão expressamente contrária à Reforma.

No final de abril de 2019, em decisão provisória nos autos da ADI 5.938, o Ministro Alexandre de Moraes proibiu a aplicação da norma que autorizava grávidas e lactantes a trabalharem em local insalubre. Decidiu conceder medida liminar 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 CLT, inseridos pelo art. 1º da Lei nº 13.467/2017.

Em 29 de maio do mesmo ano, em sessão plenária, o Supremo Tribunal Federal assentou a máxima importância de proteção à infância e à maternidade. Confirmou a liminar e decretou a inconstitucionalidade da expressão da CLT que condiciona retirada de gestantes e lactantes do ambiente de trabalho à apresentação de atestado médico.

O tema das condições para trabalho de gestantes e lactantes em ambiente insalubre é amplamente discutido desde 2016 e segue em permanentes conflitos de encaminhamentos legislativos e interpretações doutrinárias e jurisprudenciais.

1 – As (inconstantes) alterações legislativas na matéria

O dispositivo da CLT que rege trabalho de grávidas e lactantes em ambiente insalubre é controvertido desde seu início. Antes das alterações perpetradas pela Lei nº 13.467/2017, a Lei nº 13.287, de 11.05.2016, criou o art. 394-A para determinar que empregada gestante ou lactante deveria ser afastada, enquanto durasse gestação e lactação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres. Partindo do reconhecimento dos prejuízos com o trabalho da grávida e jovem mãe em ambientes insalubres, expressamente determinou que a trabalhadora em tais condições deveria ser realocada para ambiente saudável.

A Reforma Trabalhista trouxe novas orientações, passando da severa restrição para quase completa liberação do trabalho insalubre. A matéria foi modificada em três eixos. Primeiro, optando por diferenciar entre gestantes e lactantes hipóteses e encaminhamentos para o trabalho. Segundo, ao separar efeitos conforme os distintos graus de insalubridade a que as empregadas se

DOCTRINA

submetessem, mas a terceira diferença de regência na matéria é a que provoca maiores discussões: o afastamento automático apenas ocorreria nas atividades insalubres em grau máximo e enquanto durasse a gestação. Nas situações de trabalho em condições insalutíferas de graus médio e mínimo, estabeleceu regra de permanência do trabalho da gestante, com exceção de apresentação de atestado médico recomendando afastamento.

Em relação às lactantes, passou a ser permitido o trabalho em condições insalubres de qualquer grau, com a reserva de hipótese de atestado médico que orientasse apartação.

A nova lei, portanto, alterou diametralmente o vetor protetivo. Passou do então direcionamento de restrição absoluta de trabalho das gestantes e lactantes em local insalubre para o contrário: fixou regra de permissão dessas atividades, temperadas pela exceção do aconselhamento médico restritivo.

A modificação foi imediatamente mal recebida e, ainda em 2017, o Executivo buscou alterar o art. 384-A. A Medida Provisória nº 808/2017 mudou o regramento sobre afastamento da gestante em atividade insalubre, criando o pressuposto de que em todas as atividades insalutíferas (independentemente do grau), a trabalhadora, a princípio, seria deslocada. Determinou, todavia, que a gestante somente poderia trabalhar em ambientes com agentes em insalubridade de grau médio e mínimo caso apresentasse atestado de médico de sua confiança, do sistema privado ou público de saúde, que reconhecesse a viabilidade. Em relação ao período de lactação, não houve alteração na regra geral de permissão de trabalho da trabalhadora, independentemente do grau de insalubridade.

A MP nº 808/2017 nunca foi analisada pelo Congresso Nacional. Nem teve conversão em lei, nem foi rejeitada expressamente. Também não houve regulamentação por decreto legislativo acerca dos efeitos no curto tempo em que teve vigência. Desse modo, apenas vigorou no período de 14.11.2017 a 22.04.2018, retomando-se, a partir daí, o texto originalmente aprovado pelo Congresso Nacional.

2 – Críticas iniciais

De modo geral, as avaliações negativas ao novo dispositivo já se iniciaram no curtíssimo período de tramitação do então projeto de lei. Mesmo entre a base de apoio à Reforma, a proposta de redação do art. 394 era vista com reserva e esperava-se que fosse revista com veto parcial do Executivo.

Durante o açodado período de tramitação da reforma legislativa, entidades como Anamatra, ANPT, Sinait e Abrat apresentaram oposição ao texto proposto,

argumentando sobre a importância dos bens jurídicos protegidos pela norma. De modo geral, aduziram que, apesar de o dispositivo prever necessidade de atestado médico, mais sensato seria o incondicional afastamento da gestante de toda e qualquer função insalubre, independentemente do grau de risco, inclusive pelo absoluto desconhecimento de eventuais malefícios à formação do feto pelo contato com agentes insalubres das mais variadas espécies.

As críticas mais recorrentes traziam a intuitiva dificuldade de a empregada gestante ou lactante de obter atestado médico habilitado a embasar a aplicação da exceção legal. Para que as análises fossem isentas dos condicionamentos econômicos inerentes à relação de emprego, o profissional de saúde precisaria ser livremente escolhido pela empregada, ter garantia de acesso ao ambiente de trabalho e à documentação técnica da empresa, e poder atuar sem qualquer condicionamento avaliativo pelo empregador. Por evidente, empregadas mais pobres – se não a quase totalidade – estariam verdadeiramente impossibilitadas de obter o atestado médico¹.

O art. 394-A foi um dos mais criticados por estudiosos e aplicadores do Direito do Trabalho. Na II Jornada Nacional de Direito Material e Processual do Trabalho, promovida pela Anamatra, realizada em outubro de 2017, foram produzidos dois enunciados sobre o tema. Os Enunciados de ns. 50² e 55³ identificaram inadequações das opções legislativas e já apontaram inconstitucionalidades, especialmente relativas aos vetores constitucionais de redução dos riscos inerentes ao trabalho e dever fundamental do empregador em promover saúde, higiene, segurança e manutenção do equilíbrio do meio ambiente laboral.

1 Nesse sentido já discorremos em: SOUZA, Rodrigo Trindade de; OLIVEIRA, Cinthia Machado de. Artigos 372 a 401-B. In: SOUZA, Rodrigo Trindade de (Org.). *CLT comentada pelos juizes do trabalho da 4ª Região*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 247-249.

2 “Enunciado nº 50. TRABALHADORA GESTANTE E LACTANTE. ART. 394-A DA CLT. A autorização legal permitindo o trabalho da gestante e lactante em ambiente insalubre é inconstitucional e inconveniente porque violadora da dignidade humana, do direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho, da proteção integral ao nascituro e à criança e do direito social à saúde. Ademais, o meio ambiente do trabalho saudável é direito fundamental garantido pela Constituição da República, revestido de indisponibilidade absoluta. Incidência dos arts. 1º, III; 6º; 7º, XXII; 196; 200; 201, II; 203, I; 225; 226 e 227 da Constituição Federal; Convenção 103 e 183 da OIT; arts. 25, I e II da DUDH.”

3 “Enunciado nº 55. TRABALHADORA GESTANTE E IRRENUNCIABILIDADE DE DIREITOS DO NASCITURO. IMPOSSIBILIDADE DE NEGOCIAÇÃO DO ENQUADRAMENTO DA INSALUBRIDADE E PRORROGAÇÃO DE JORNADA EM CONDIÇÕES INSALUBRES. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DO ARTIGO 444, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CLT. Com o intuito de proteger a vida do nascituro, não poderão ser objeto de livre estipulação, no contrato de trabalho, direitos estabelecidos na constituição federal que afetem sua integridade, sendo proibida a negociação pela trabalhadora gestante, ainda que ‘hipersuficiente’, do enquadramento da insalubridade em grau inferior ou da prorrogação de jornada sob condições insalubres.”

DOCTRINA

A maior parte dos textos doutrinários de comentários à reforma seguiu no mesmo caminho, reprovando a opção legislativa.

Homero Batista faz análise quantitativa de incidência dos novos parâmetros legais, percebendo que a maior parte das gestantes encontra-se em ambientes de grau médio de insalubridade, vez que as duas outras gradações possuem hipóteses reduzidas de incidência. Nesse viés, reconhece como o caso mais preocupante o das gestantes empregadas em centros cirúrgicos e salas de radiografia – profissões com presença constante da mão de obra feminina – e que a nova lei apenas determinou afastamento imediato durante a gestação, e não no tempo de lactação⁴.

A evidência de indeclináveis prejuízos causados pelo trabalho em condições insalubres a gestantes e lactantes foi acentuado por diversos autores. Entre eles, Diniz apresenta extenso estudo científico reconhecedor dos danos que riscos ocupacionais podem causar à saúde da gestante, da lactante e da criança. Por isso, o autor percebe que esse tema imposto pela reforma traz notável potencial para influenciar negativamente nas taxas nacionais de natalidade. Conclui que a conflituosidade envolvendo o posto de trabalho de gestantes e lactantes deve levar mais mulheres a adiar ou desistir da intenção de gerar filhos⁵.

Na obra coletiva de Souza Júnior, Coelho de Souza, Maranhão & Azevedo Neto definiu-se a solução do Parlamento como “inquietantemente lamentável”, sob o prisma de baixa preocupação com a saúde humana. Referem os autores que o legislador inverteu o ônus da avaliação técnica dos riscos labor-ambientais, inaugurando cenário abusivo de presunção de inocuidade labor-ambiental. Lembrem, também, que a redução de riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (CF, art. 7º, XXII), é direito fundamental da classe trabalhadora e, por efeito, é dever do empregador a manutenção do equilíbrio do meio ambiente laboral⁶.

Diversos desses argumentos foram utilizados nas razões da ADI 5.938, conforme se verá adiante.

4 SILVA, Homero Batista Mateus da. *CLT comentada*. São Paulo: RT, 2018. p. 268.

5 DINIZ, Ricardo Córdova. *Reforma trabalhista comentada por juízes do trabalho*: artigo por artigo. Organizadores Daniel Lisbôa e José Lúcio Munhoz. São Paulo: LTr, 2018. p. 148-149.

6 SOUZA Jr., Antonio Umberto; SOUZA, Fabiano Coelho de; MARANHÃO, Ney; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/2017 e da Med. Prov. nº 808/2017*. São Paulo: Rideel, 2017. p. 155.

3 – Projeto de Lei nº 1.037/2019

Em fevereiro de 2019, o Congresso Nacional recebeu nova tentativa de solução à difícil questão do regime de trabalho de gestantes e lactantes em ambiente insalubre. O Deputado Paulo Teixeira apresentou o projeto de Lei nº 1.037, modificador do art. 394-A da CLT. Busca revogar os §§ 2º e 3º e redefine o texto do *caput* para: “Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada gestante ou lactante deverá ser afastada de atividades, operações ou locais insalubres”.

Segundo o autor da proposição, a modificação visa a resguardar direitos constitucionalmente estabelecidos, em especial, a proteção à maternidade, prevista no art. 6º da Constituição, ao lado de outros direitos sociais, como o direito à saúde.

Outro projeto de lei da Câmara dos Deputados, o PL nº 8.304/2017 foi apensado ao PL nº 1.037/2019 e agora deve passar por circuito de três comissões da Casa Legislativa: a de Trabalho, Administração e Serviço Público (CTASP), a de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJC) e a de Seguridade Social e Família (CSSF).

4 – A Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.938

4.1 – Argumentos manejados

Instrumentalizando o descontentamento com a redação do art. 394-A da CLT, a Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos – CNTM ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, em face da expressão “quando apresentar atestado de saúde emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento”, contida nos incisos II e III. Diversas outras entidades atuaram como amigos da Corte, secundando a tese de inconstitucionalidade.

Argumentou o órgão sindical que a norma vulneraria dispositivos constitucionais de proteção à maternidade, à gestante, ao nascituro e ao recém-nascido (arts. 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). Também aduziu que 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, apontou violação do princípio da proibição do retrocesso social.

Em suas respostas, Presidência da República e Advocacia-Geral da União argumentaram que o afastamento da gestante ou da lactante do exercício de atividades insalubres não implicaria supressão do adicional de insalubridade. Aduziram que o texto atual seria mais benéfico à trabalhadora, ao evitar perda de rendimentos, e proporcionar melhor tratamento nas relações de trabalho, evitando a discriminação de mulheres no momento da contratação. Segundo as entidades, estaria incorreta, ainda, a tese de que todo trabalho com grau de insalubridade apresentaria risco à mulher. No que tange ao princípio da vedação do retrocesso social, postularam que não pode “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.

Em suas informações, a Câmara dos Deputados alegou que a norma impugnada foi processada “dentro dos estritos trâmites constitucionais e regimentais”. Não houve manifestação pelo Senado.

No mérito, a Procuradoria-Geral da República sustentou 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 e opinou pela concessão da medida liminar e procedência do pedido. Afirmou que as normas impugnadas padeceriam de inconstitucionalidade material, na medida em que violariam direito fundamental de vedação do trabalho de gestantes e lactantes em atividades insalubres em qualquer grau”. Também afirmou que a autorização do 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 às trabalhadoras e aos seus filhos a integral proteção assegurada pela Carta Magna e, ainda, desviando-se do objetivo maior das normas tutelares do meio ambiente laboral”. Aduziu, por fim, que as normas sob análise representariam 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”.

4.2 – Rito processual

Por despacho, de 08.05.2018, o Ministro Relator designado adotou o rito do art. 12 da Lei nº 9.868/99, atinente a rito abreviado para as ações de controle concentrado de constitucionalidade. Em tais casos, o Plenário da Corte analisa

diretamente o mérito, sem a prévia análise da liminar. No caso da ADI 5.938, o Ministro Alexandre de Moraes considerou a adoção do rito em comento diante da relevância da matéria constitucional suscitada “e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica”.

Vale dizer, ao definir o rito diminuto em suas etapas, a Corte Constitucional opta por medida que, “além de permitir uma decisão definitiva da controvérsia constitucional em curto espaço de tempo, permite que o Tribunal delibere, de forma igualmente definitiva, sobre a legitimidade de medidas provisórias, antes mesmo que se convertam em lei”, conforme definiu o também Ministro do STF, Gilmar Mendes, em artigo que comentava, como Advogado-Geral da União, a então novel Lei nº 9.868/99⁷.

Não por acaso, a mesma opção foi feita pela Corte Suprema em ações de controle concentrado versando sobre outros dispositivos alterados pela Reforma Trabalhista. Especificamente no caso da ADI 6.098 e as apensadas ADIs 6.093, 6.099, 6.101, 6.104, 6.105, 6.107 e 6.018, discutindo a constitucionalidade da MP nº 873/2019, afeta à polêmica que envolve a fonte de custeio sindical, o Ministro Relator Luiz Fux determinou, também no mês de abril de 2019, a observância do rito do art. 12 da Lei Federal nº 9.868/99, enfatizando a conveniência de que decisão venha a ser tomada em caráter definitivo. Idêntica providência foi determinada pelo Ministro Edson Fachin, na ADI 5.826, que versa sobre os dispositivos da reforma afetos ao trabalho intermitente e na ADI 5.794, que discutiu a constitucionalidade do fim da obrigatoriedade da contribuição sindical, pelo Ministro Marco Aurélio, relator da ADI 5.994, que trata da possibilidade de estipulação de jornada 12 x 36, por meio de acordo individual de trabalho, pelo Ministro Gilmar Mendes, na ADI 5.867, que se refere à atualização do depósito recursal, e na ADI 5.870, que versa sobre os tetos estabelecidos para a indenização por danos morais. No caso da ADI 5.766, relativa à gratuidade de justiça e cobrança de honorários sucumbenciais do beneficiário da assistência judiciária gratuita, muito embora o Relator, Ministro Roberto Barroso, não tenha determinado expressamente a aplicação do rito abreviado para a ação de controle concentrado citada, a abertura de prazo para manifestações com posterior inclusão do processo em pauta para julgamento do mérito, iniciado em maio de 2018, antes da análise da cautelar requerida, acabou por indicar, na prática, a observância do *iter* procedimental previsto no art. 12 da Lei nº 9.868/99.

7 MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: uma análise das Leis 9.868/99 e 9.882/99*. Disponível em: <<https://www.agu.gov.br/page/download/index/id/892451>>.

Interessante observar que, no último caso citado, o Ministro Barroso acatou o ingresso de entidades que fizeram o requerimento de ingresso após o pedido de pauta, excepcionalmente, “tendo em vista a importância de assegurar que o debate abranja os múltiplos pontos de vista que a questão suscita”. A fundamentação utilizada pelo Ministro do Supremo bem expressa a motivação similar para a determinação do rito abreviado em todos os demais casos citados envolvendo dispositivos da reforma trabalhista: a relevância social da matéria, em face da possibilidade de retrocesso social trazida, e, mais importante, a necessidade de se suprir com a manifestação do Supremo a ausência de um diálogo social abrangente em todos os seus “múltiplos pontos de vista”, situação olvidada pelo legislador quando da rápida aprovação da Lei nº 13.467/2017.

A tentativa de inclusão do feito em pauta sem sucesso na ADI 5.938 levou o Ministro Relator Alexandre de Moraes a decidir a liminar requerida, sob pena de afastar-se do escopo e fundamento do rito determinado, em 30.04.2019, após a oitiva de todos os interessados. Mais um elemento a ratificar a importância da matéria, e o fato de que um olhar atento do Supremo é necessário nessas ações de controle concentrado que discutem normas de repercussão social gigantesca, e que podem vir a gerar danos coletivos de grande proporção a direitos fundamentais, como é o caso da norma que envolve o direito à saúde da gestante e o direito à vida do próprio nascituro.

4.3 – Liminares em ações constitucionais

A previsão da medida cautelar em sede de controle abstrato advém do art. 103, inciso I, alínea *p*, da Constituição Federal, que dispõe que compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe “processar e julgar, originariamente, o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade”. Na legislação infraconstitucional específica, a previsão se encontra nos arts. 10 a 12 da já citada Lei nº 9.868/99, e segue os mesmos requisitos que as cautelares nos processos em geral, a saber, a presença de *fumus boni iuris* (verossimilhança do direito perseguido), e o *periculum in mora* (manifesto prejuízo no caso concreto com a espera do provimento jurisdicional).

O Supremo Tribunal Federal, na análise de tais cautelares em sede de ADI, costuma identificar o primeiro requisito – a “fumaça do bom direito” – à existência de jurisprudência do STF favorável à pretensão deduzida, valendo-se das peculiaridades do caso concreto – em especial o prejuízo aos jurisdicionados com a plena manutenção dos efeitos do dispositivo impugnado – para identificar a presença do perigo da demora na prestação jurisdicional (ADI 5.409, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 30.11.2015).

Interessante perceber que, tal como na decisão proferida pelo Ministro Alexandre de Moraes, na ADI 5.938, o Supremo tem permitido uma maior carga subjetiva e discricionária na análise de cautelares de tal natureza pelo Supremo, possibilitando ao Relator a verificação de “riscos sociais ou individuais, de várias ordens, que a execução provisória da lei questionada gera imediatamente”, ou, ainda, das “prováveis repercussões” pela manutenção da eficácia do ato impugnado, da “relevância da questão constitucional” e da “relevância da fundamentação da arguição de inconstitucionalidade, além da ocorrência de *periculum in mora*, tais os entraves à atividade econômica”⁸.

A suspensão dos processos relacionados aos dispositivos impugnados em sede de controle concentrado também é possível, nos termos do art. 21 da Lei nº 9.868/99 como medida excepcional (nesse sentido: ADI 4.627, de relatoria do Ministro Luiz Fux; ADI 5.298, de relatoria do Ministro Luiz Fux; ADI-MC 5.365, de relatoria do Ministro Roberto Barroso; e ADI-MC 5.353, de relatoria do Ministro Teori Zavascki).

Em relação à eficácia da medida concedida, via de regra, possui efeitos *erga omnes* e eficácia *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender por atribuir-lhe eficácia retroativa (*ex tunc*), expressamente (Lei nº 9.868/99, art. 11, § 1º). Importante salientar, ainda, que, nos termos do art. 11, § 2º, da Lei nº 9.868/99, a concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário. Assim, a medida cautelar que suspendeu a vigência da norma impugnada tem o condão de conceder, provisoriamente, nova vigência à norma anterior inicialmente revogada pela norma objeto da ADI, no chamado *efeito repristinatório* da norma. Caso cassada a cautelar, a norma anterior é definitivamente revogada; caso mantida, permanece inalterada a vigência da norma anterior, já que a lei declarada inconstitucional não pode gerar quaisquer efeitos no mundo jurídico, sequer o de eficácia derogatória (ADI 2.867/ES, Rel. Min Celso de Mello, DJe 11.12.03).

4.4 – Rejeição de apensamento à ADI 5.605

Em preliminar, a Procuradora-Geral da República aduziu a necessidade de redistribuição da presente ação direta, por prevenção ao Ministro Edson Fachin, sob o fundamento de que haveria correlação com objeto da ADI 5.605, a qual aguarda julgamento.

8 Nesse sentido: ADI 474 MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, decisão: 04.04.91; ADI 718 MC, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, decisão: 03.08.92; ADI 804 MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, decisão: 27.11.92; ADI 173 MC, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, decisão: 09.03.90.

Em verdade, a ação direta de inconstitucionalidade, de relatoria do Ministro Edson Fachin, discute a inconstitucionalidade da Lei nº 13.287/2016, que acrescentou o art. 394-A à Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, para proibir o trabalho de gestante ou lactante em atividades, operações ou locais insalubres. O teor da norma impugnada corresponde à redação do art. 394-A da CLT⁹ anterior à reforma trabalhista, sendo distintos, portanto, os dispositivos impugnados por meio das ações de controle concentrado.

Sob tal fundamento, e considerando o que dispõe o art. 77-B do RISTF (que determina a distribuição por prevenção em ações de controle concentrado de constitucionalidade *quando haja coincidência total ou parcial de objetos*), o Ministro Alexandre de Moraes rejeitou a prevenção invocada, citando, ainda, jurisprudência do Supremo no mesmo sentido (ADI 4.876, Rel. Min. Dias Toffoli, Pleno, DJ 01.07.2014 e ADI 4.818, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão monocrática publicada em 17.09.2012).

A opção levada a efeito pelo Ministro Relator designado na ADI 5.938 constituiu decisão de importante efeito, pois permitiu que a liminar concedida restabelecesse de pronto os efeitos da redação original do art. 394 da CLT, proibindo o trabalho da empregada gestante ou lactante em qualquer ambiente insalubre. Trata-se de importante sinal da verificação acerca do grave desacerto constitucional promovido pelo legislador da Reforma Trabalhista, agora mais perceptível por meio dos impactos sociais negativos que a nova legislação torna concretos, colocando em xeque direitos fundamentais constitucionalmente garantidos¹⁰. O guarnecimento e o pleno exercício de tais direitos, aliás, é corolário do Estado Constitucional Democrático de Direito, forma única de se respeitar o escalonamento das normas jurídicas e, por outro lado, de se propiciar “condições para que o indivíduo possa participar de um discurso de fundamentação racional acerca de direitos legais, para que estes possam ser legítimos”¹¹.

9 Eis o teor do dispositivo impugnado:

“Art. 1º A Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 394-A:

“Art. 394-A. A empregada gestante ou lactante será afastada, enquanto durar a gestação e a lactação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, devendo exercer suas atividades em local salubre. Parágrafo único. (VETADO).”

10 O exame de alguns de tais impactos e a necessidade de interpretação sistemática e conforme a Constituição da Lei nº 13.467/2017 já foram objeto de estudo no artigo de: SIVOLELLA, Roberta Ferme. Novas formas de contratação na Lei nº 13.467/2017 e interpretação sistemático-constitucional: o teletrabalho em foco. In: TUPINAMBÁ, Carolina; GOMES, Fábio Rodrigues (Coord.). *Reforma trabalhista: impactos na relação de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum: 2017. p. 405-414.

11 DIAS, Maria Clara Marques. Direitos sociais básicos: uma investigação filosófica acerca da fundamentação dos direitos humanos. *Manuscrito*, v. XIX, n. 1, 1996, p. 129.

4.5 – Decisão liminar

A decisão do pedido de liminar estabeleceu-se a partir do assentamento da premissa da proteção constitucional da maternidade como um dos mais importantes estabelecidos pelo legislador originário. A importância desse valor é tamanha que, a partir dele, reconhecem-se outros direitos instrumentais, igualmente previstos na Carta Magna. Assim se colocam os direitos sociais de licença-gestante, defesa contra despedida arbitrária, proteção do mercado de trabalho feminino e redução geral de riscos no meio ambiente laboral.

Mantendo-se o caminho da generalidade à concretude, o Ministro Relator discerniu ser a proteção da mulher grávida e da lactante como direito instrumental de diversas salvaguardas. Assegura-se bem-estar não apenas da mulher, mas do recém-nascido, afastado dos perigos de um ambiente insalubre. A partir da absoluta prioridade estabelecida no art. 227 da Constituição para a maternidade, define-se um direito de dupla titularidade e que demanda máxima eficácia.

Com essas premissas axiológicas, o magistrado compreendeu que as expressões impugnadas não estão em consonância com os dispositivos constitucionais. Citando precedentes do próprio Supremo Tribunal Federal, identificou que a previsão de determinar afastamento automático da gestante do ambiente insalubre, enquanto durar a gravidez, apenas na hipótese de insalubridade em grau máximo, contraria a jurisprudência do STF. Especificamente em razão de não cumprir a orientação constitucional de devidamente tutelar os direitos da empregada gestante e lactante, do nascituro e do recém-nascido lactente, em quaisquer situações de risco ou gravame à saúde e bem-estar.

A necessidade de decidir em caráter liminar foi justificada no fato de as expressões impugnadas permitirem imediata exposição de empregadas grávidas e lactantes a trabalho em condições insalubres. Registrou o Ministro Alexandre de Moraes que, 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.

5 – Julgamento da ADI

Após a concessão da liminar, a ADI 5.938 foi levada à pauta de julgamento em tempo relativamente curto. Em 29 de maio de 2019, reuniu-se o Supremo Tribunal Federal em plenário para decisão sobre a liminar e mérito

da ação. Embora outros processos estivessem pautados, as declarações de voto dessa ação consumiram a integralidade do tempo da sessão.

Como de praxe, o primeiro a votar foi o Ministro Alexandre de Moraes, que confirmou sua liminar, pontuando os principais dispositivos constitucionais violados: art. 7º, XXII (direito à redução de riscos), e art. 227 (prioridade da preservação de direitos da criança e adolescente). Esclareceu que a decisão do pedido de liminar estabeleceu-se a partir do assentamento da premissa de proteção constitucional da maternidade – um dos mais importantes eleitos pelo legislador originário. Expressamente registrou:

“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 art. 227 do texto constitucional, como dever inclusive da sociedade e do empregador.”

Com essas orientações axiológicas, o magistrado compreendeu que as expressões impugnadas não estão em consonância com os dispositivos constitucionais. Citando precedentes do próprio Supremo Tribunal Federal, identificou que a previsão de determinar afastamento automático da mulher gestante do ambiente insalubre, enquanto durar a gestação, apenas na hipótese de insalubridade em grau máximo, contraria a jurisprudência já consolidada na Corte.

Por fim, afirmou que 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, defendeu o magistrado, serão punidas nos termos da lei, e o próprio texto constitucional assim determina.

Segundo a votar, o Ministro Fachin acompanhou o voto de relatoria, afirmando que não há benesse atribuída às mulheres nas salvaguardas constitucionais, mas necessidade de autodeterminação e acesso justo ao mercado de trabalho.

Focando em situações concretas de formação de prejuízos a gestantes e lactantes que atuam em ambiente insalubre, o Ministro Barroso declarou ser o dispositivo incompatível com a Constituição, pois viola a orientação de proteção à criança. Também lembrou que há agressão ao princípio da precaução,

devidamente agasalhado no art. 7º, XXII, da Carta Magna, pelo qual se deve priorizar a exclusão de condições de trabalho insalubres.

Em voto longo, a Ministra Rosa Weber – oriunda da magistratura trabalhista – fez profunda reflexão sobre o histórico normativo nacional de proteção à maternidade, iniciada com o Decreto nº 16.300, de 1923. A partir daí, diversos diplomas se seguiram assegurando e ampliando o rol protetivo. Nesse contexto, lembrou que a Reforma Trabalhista deslocou o Direito do Trabalho de seu eixo de proteção dos trabalhadores, mas que se mantém a função da Justiça do Trabalho de reconhecer a desigualdade entre as partes e necessidade de restabelecimento de justiça social. Reconheceu que há necessidade de contínua atualização da legislação trabalhista, mas a falta do devido debate levou a inconstitucionalidades, como a escancarada no art. 394-A da CLT.

O Ministro Fux trouxe novo enfoque, o da organização familiar. Recordou que se trata de valor constitucional e que se criou embaraço às famílias e, especialmente, às trabalhadoras no exercício de seus direitos.

Também trazendo situações práticas, a Ministra Carmen Lúcia acusou reiteradas retaliações a mulheres grávidas e lactantes. Saudou os votos de Alexandre de Moraes e Rosa Weber e seguiu a relatoria.

A afirmação de vedação ao retrocesso social foi a tônica do voto do Ministro Lewandowski. afirmou que a norma é clara na violação dessa importante orientação constitucional, impeditiva do abandono de avanços em direitos. Cumprimentou a coragem do Ministro Alexandre de Moraes de enfrentar o tema e conceder a liminar.

Gilmar Mendes fez voto muito curto, apenas saudando as razões manifestadas pela Ministra Rosa Weber.

O único voto vencido foi do Ministro Marco Aurélio, para o qual a Reforma Trabalhista “começa a fazer água”, mas vê com razoabilidade a exigência de atestado médico. “Os preceitos encerram a liberdade da prestadora de serviços e visam atender às exigências do mercado de trabalho, para não se criar óbice à contratação de mão de obra feminina”, afirmou.

Celso de Mello foi o último Ministro a falar e foi quem produziu o voto mais longo, depois do relator. Sustentou que nenhuma norma legal pode suprimir conquistas sociais já consolidadas às mulheres trabalhadoras. Enfatizou o compromisso internacional de proteção ao trabalho feminino e repulsa à discriminação de gestantes e lactantes. No plano infraconstitucional, lembrou o magistrado, esses valores não podem ser hostilizados. Também afirmou que o Direito deve atuar no combate à dominação patriarcal, pois se trata de arcaísmo

contrário aos mais caros valores da República. Por fim, retomou a orientação de vedação ao retrocesso social, dizendo que direitos sociais e econômicos, uma vez obtidos, passam a ser garantia institucional e direito subjetivo.

Apenas com um voto vencido, e a partir de importantes fundamentos de supremacia dos valores constitucionais de proteção à maternidade, infância e família, o Supremo Tribunal reconheceu inconstitucionalidade do art. 394-A da CLT na 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 nº 13.467/2017.

Na prática, retoma-se a orientação do antigo texto da CLT. Assim, a gestante deverá ser afastada de locais insalubres, independentemente de atestado médico, de modo a ser realocada em outro serviço ou ambiente.

Mais uma vez, é de nodal importância a sinalização do reconhecimento pelo Supremo de direitos constitucionais fundamentais e, portanto, irrenunciáveis ao alvedrio do legislador ordinário. Nesse sentido, o Ministro Relator da ADI 5.938 ressaltou que “a *proteção à maternidade e a integral proteção à criança*” constituem direitos irrenunciáveis, não podendo, portanto, “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”. O entendimento, aliás, vem a caminhar no sentido do que recentemente fixou o Supremo como tese no tema de Repercussão Geral nº 497, em que reconhecido o requisito biológico da gravidez preexistente à dispensa arbitrária como única condição para a aquisição da estabilidade provisória (“A incidência da estabilidade prevista no art. 10, inciso II, do ADCT somente exige a anterioridade da gravidez à dispensa sem justa causa”)¹².

12 “DIREITO À MATERNIDADE. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL CONTRA DISPENSA 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 art. 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 art. 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 à 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

Tal reconhecimento por parte do STF constitui importante norte a ser seguido nas outras tantas ações que discutem – não por acaso – a possível violação de direitos fundamentais de índole constitucional por meio da Lei nº 13.467/2017.

6 – Conclusões

A decisão cautelar proferida nos autos da ADI 5.938 constituiu medida de aspecto positivo e alentador, em meio a cenário social em que avançam visões de cunho essencialmente economicista e que terminam por cancelar políticas de flexibilização de direitos sociais sob a pecha de remédio à crise econômica. E, mais particularmente, porque inserida em ambiente jurídico de insegurança face às profundas alterações promovidas por meio da Reforma Trabalhista, animada pela mesma tônica. Mostra-se particularmente relevante a fundamentação manejada a partir de conteúdo constitucional promotor de valores da edificação social, evidenciando preferência pela saúde, proteção da vida, preservação ambiental e dignidade do trabalho.

Por certo que é papel do Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição Federal. Contudo, um dos requisitos para a segurança jurídica é a “*aceitação social*”, que acaba por se traduzir na denominada *legitimidade democrática*, ratificada por meio da *legitimidade social das normas e decisões*, justamente em sistema de edificação e controle, de forma mútua, da ordem constitucional instituída. Assim, quando a leitura do que realmente é objeto de aceitação social se mostra “*embaçada*” por lentes desfocadas, tal papel da Corte Constitucional assume especial relevância na defesa das instituições do Estado Democrático de Direito. O reconhecimento do direito à saúde, à maternidade e o direito à vida como irrenunciáveis, nada obstante pareça premissa óbvia, é objeto de comemoração em meio a um cenário normativo em que se discute, ainda, por exemplo, o que constitui norma de saúde, segurança e higiene no trabalho¹³.

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 art. 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, inciso II, do ADCT, somente exige a anterioridade da gravidez à dispensa sem justa causa.” (RE 629.053, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ o Acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. 10.10.2018, acórdão eletrônico, repercussão geral, mérito, DJe-040 divulg. 26.02.2019, public. 27.02.2019)

- 13 Como exemplo do parágrafo único do art. 611-B da CLT, parágrafo único no qual a Lei nº 13.467/2017 trouxe o entendimento de que “regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo”.

DOCTRINA

No caso da ADI 5.938, as opções do relator, como a escolha de um rito abreviado, com a posterior excepcionalidade da análise da medida cautelar e o devido reforço na natureza fundamental dos direitos envolvidos, é decisão que, mais do que acertada, espera-se que seja o norte para as análises futuras de constitucionalidade de dispositivos legais impugnados por aviltamento aos direitos constitucionais fundamentais.

Referências bibliográficas

DIAS, Maria Clara Marques. Direitos sociais básicos: uma investigação filosófica acerca da fundamentação dos direitos humanos. *Manuscrito*, v. XIX, n. 1, 1996.

DINIZ, Ricardo Córdova. *Reforma trabalhista comentada por juizes do trabalho*: artigo por artigo. Organizadores Daniel Lisbôa e José Lúcio Munhoz. São Paulo: LTr, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade*: uma análise das Leis 9.868/99 e 9.882/99. Disponível em: <<https://www.agu.gov.br/page/download/index/id/892451>>.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *CLT comentada*. São Paulo: RT, 2018.

SIVOLELLA, Roberta Ferme. Novas formas de contratação na Lei nº 13.467/2017 e interpretação sistemático-constitucional: o teletrabalho em foco. In: TUPINAMBÁ, Carolina; GOMES, Fábio Rodrigues (Coord.). *Reforma trabalhista*: impactos na relação de trabalho. Belo Horizonte: Fórum: 2017.

SOUZA, Rodrigo Trindade de; OLIVEIRA, Cinthia Machado de. Artigos 372 a 401-B. In: SOUZA, Rodrigo Trindade de (Org.). *CLT comentada pelos juizes do trabalho da 4ª Região*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2018.

Acessos

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5938decisoliminarMin.AlexandredeMoraesem30.4.19.pdf>>.

<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192726>>.

<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=409885&fbclid=IwAR3pkRxFOZO_WiGT6Rv_8jfKfoLdqfL_sUjGcIH78Foc11VtowGMPE0Givo>.

<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/05/stf-suspende-regra-da-reforma-trabalhista-e-proibe-gravida-em-local-insalubre.shtml?utm_source=whatsapp&utm_medium=social&utm_campaign=compwa>.

Recebido em: 31/05/2019

Aprovado em: 24/06/2019