

INCONSTITUCIONALIDADE - TRABALHO DA MULHER EMPREGADA DURANTE A GESTAÇÃO OU LACTAÇÃO EM AMBIENTES INSALUBRES

Orlando José de Almeida

Advogado Sócio de Homero Costa Advogados

Bernardo Gasparini Furman

Estagiário de Homero Costa Advogados

A Lei nº 13.467/17, denominada "Reforma Trabalhista", alterou a redação do artigo 394-A, da CLT, que dispõe sobre o trabalho da empregada gestante ou lactente em condições insalubres.

A redação da norma com a reforma passou a ser a seguinte:

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

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

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

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

Logo, a empregada durante a gestação poderia ser afastada do trabalho em atividades insalubres, em grau médio ou em grau mínimo, se apresentasse **atestado de saúde, emitido por médico de sua confiança recomendando o afastamento.**

Cumprе ressaltar que durante a lactação, a empregada também seria afastada das atividades insalubres, em qualquer grau, se apresentasse **atestado de saúde, emitido por médico de sua confiança assim recomendando.**

No entanto, a Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI, que recebeu o nº 5.938, quando aduziu que a possibilidade de apresentação de atestado médico para permitir o trabalho na forma apontada, vulnerou “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.”

O Relator da Ação foi o Ministro Alexandre de Moraes, que deferiu liminar para suspender a eficácia da expressão “quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento”.

Destaca-se que ao fundamentar a decisão justificou que “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, 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.”

Posteriormente, quando do julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, o pedido formulado na petição inicial foi acolhido, sendo o Relator acompanhado pelos demais pares, à exceção do Ministro Marco Aurélio.

Dessa forma, o posicionamento que prevaleceu foi na direção de que a empregada gestante, o nascituro ou o recém-nascido devem contar com proteção em relação à eventual trabalho, por parte daquela, em condições insalubres.

O resultado final do julgamento, conforme consta no site do Supremo Tribunal Federal, é o seguinte: "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." Aguarda-se publicação do acórdão.

De outro lado, é possível que a empregada gestante ou lactante seja realocada para desempenhar função compatível com a sua condição pessoal, em local salubre, que não ofereça riscos à sua saúde.

Não sendo viável a mudança de atividade será afastada e terá direito ao salário maternidade.

Por fim, salientamos que a discussão acerca de constitucionalidade de alguns dispositivos previstos na Lei 13.267/17 foi levada ao Supremo Tribunal Federal para análise. Aliás, esse fato é de conhecimento geral.