

RT INFORMA



CNI
Confederação Nacional da Indústria
PELO FUTURO DA INDÚSTRIA

O afastamento de gestantes durante a pandemia

Em 12 de maio de 2021, foi sancionada a Lei 14.151 (DOU de 13/05/2021), que determina o afastamento da empregada gestante das atividades de trabalho presencial durante a emergência de saúde pública decorrente da covid-19.

Segundo a Lei, a empregada gestante deve ficar afastada do trabalho presencial enquanto perdurar a pandemia, sem prejuízo de sua remuneração (ou seja, deve o empregador continuar a pagar o seu salário), mas pode seguir trabalhando em sua residência, por meio de teletrabalho ou outra forma de trabalho a distância.

Confira-se:

“Art. 1º Durante a emergência de saúde pública de importância nacional decorrente do novo coronavírus, a empregada gestante deverá permanecer afastada das atividades de trabalho presencial, sem prejuízo de sua remuneração.

Parágrafo único. A empregada afastada nos termos do *caput* deste artigo ficará à disposição para exercer as atividades em seu domicílio, por meio de teletrabalho, trabalho remoto ou outra forma de trabalho a distância.

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.”

Problemas trazidos pela Lei

Embora a proteção à maternidade (gestante e nascituro) seja um tema de relevante importância social, especialmente em um cenário de pandemia, essa sucinta Lei não tratou especificamente da situação em que a atividade exercida pela gestante, por sua natureza, não é compatível com o trabalho em domicílio. Isto é, no caso de trabalhos que só podem ser feitos presencialmente.

Diante do silêncio da Lei quanto a essa situação, na prática, tem recaído sobre o empregador a responsabilidade pelo pagamento dos salários da empregada afastada que, embora apta para o trabalho, encontra-se ociosa, pela impossibilidade de exercer o trabalho presencial (por força da Lei) ou remotamente (por causa da natureza do trabalho).

Assim sendo, a Lei acabou trazendo consideráveis prejuízos aos empregadores, que nessas hipóteses, são obrigados a afastar as gestantes do ambiente de trabalho e a arcar com os custos desses afastamentos, mesmo que não haja a prestação de serviços. Esses empregadores também têm diversas outras despesas decorrentes desses afastamentos, como, por exemplo, a contratação de outros profissionais em substituição “transitória”, o que dobra os seus encargos de natureza trabalhista, sociais, tributários, entre outros.

Conseqüentemente, essa Lei também trouxe prejuízos às próprias mulheres, pois, tal como está, acaba por obstar a contratação de trabalhadoras em idade fértil, prejudicando o mercado de trabalho da mulher.

Desse modo, se a intenção do legislador era aumentar o alcance da proteção à maternidade no atual contexto de crise sanitária, acabou por gerar efeito oposto. Deveria, no mínimo, ter previsto o custeio direto ou indireto do salário das gestantes afastadas e impossibilitadas de trabalhar remotamente – e, portanto, sem prestação de serviços – pela Previdência Social, a exemplo da solução trazida pela recente Lei de Modernização Trabalhista (Lei 13.467/2017) no caso do afastamento das empregadas gestantes e lactantes em ambientes insalubres (art. 394-A, §3º da CLT).

A propósito, eis o que determina esse dispositivo:

“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, durante a gestação;**
- III - atividades consideradas insalubres em qualquer grau, durante a lactação.**

[...]

§ 3º Quando não for possível que a gestante ou a lactante afastada nos termos do *caput* deste artigo exerça suas atividades em local salubre na empresa, a hipótese será considerada como gravidez de risco e ensejará a percepção de salário-maternidade, nos termos da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, durante todo o período de afastamento.”

Decisões judiciais

Diante dessa relevante controvérsia gerada pela lacuna legal - enquanto se discute no Congresso Nacional solução legislativa, a exemplo dos PLs 2058/2021 e 1701/2021- diversos empregadores (empresas e empregadores domésticos) têm recorrido ao Judiciário para sanar a questão. E, ao menos dois Tribunais Regionais Federais (TRFs) – TRF da 3ª e 4ª Regiões – já vêm decidindo que o INSS deve

arcar com o salário de gestantes afastadas por determinação da Lei 14.151/2021, impossibilitadas de realizarem o trabalho remotamente.

TRF da 3ª Região (São Paulo)

Em uma das decisões (Processo nº 5003320-62.2021.4.03.6128, DJ 05/07/2021), o Juiz da 1ª Vara Federal de Jundiaí autorizou, liminarmente em mandado de segurança, que o INSS fique responsável pelo pagamento - diretamente - de salário de empregada doméstica gestante afastada, em que é impossível a realização de trabalho a distância. Com efeito, o Juiz aplicou ao caso o art. 394-A, § 3º, da CLT, que determina que recaia sobre a Previdência Social o custeio dos salários das gestantes e lactantes afastadas do trabalho insalubre, impossibilitadas de trabalhar em local salubre da empresa - hipótese considerada como gravidez de risco e que enseja a percepção de salário-maternidade.

Concluiu o Juiz que, "prevendo a Lei 14.151, de 2021, o direito da trabalhadora gestante se afastar de sua atividade quando não possível o trabalho à distância; e não sendo lícito carrear ao empregador – especialmente o doméstico, que nem mesmo abater de seu imposto de renda pode – o encargo relativo à licença-maternidade da gestante, a única forma de garantir o direito da trabalhadora doméstica ao salário-maternidade antecipado, assim como o direito do empregador de não ter que arcar com benefício substitutivo do salário do trabalhador, é a concessão do salário-maternidade antecipado, à semelhança daquele previsto no artigo 394-A, § 3º, da CLT."

Em outra decisão (Processo nº 5006449-07.2021.4.03.6183, DJ 08/07/2021), a Juíza da 14ª Vara Cível Federal de São Paulo também determinou o pagamento de salário-maternidade para empregadas gestantes afastadas de uma empresa de prestação de serviços de atendimento médico de urgência e emergência em prontos-socorros em unidades hospitalares de terceiros, e que não podem realizar o trabalho a distância, e possibilitou a compensação do salário-maternidade pago pela empresa com as contribuições previdenciárias.

Com base no princípio constitucional da solidariedade, a Juíza constatou que, "no caso em tela, em que vigora determinação legal de que não haverá prejuízo dos vencimentos para a empregada gestante, pelo afastamento das suas atividades profissionais, em razão do risco à gravidez (art. 1º, L. 14.151/2021), não pode a empregadora ser obrigada a arcar com tais encargos, na impossibilidade do exercício da profissão ocasionada pela crise emergencial de saúde pública. Considerando o arcabouço legal e infralegal que regulamenta o custeio, por toda a sociedade, dos benefícios previdenciários, como corolário do princípio da solidariedade social, não é outra, a não ser a de benefício previdenciário, a natureza dos valores devidos à empregada gestante, em substituição ao seu salário, durante o período em que ficar afastada do trabalho, em razão do risco à gravidez."

TRF da 4ª Região (Santa Catarina)

Em decisões similares (Processos nº 5036796-18.2021.4.04.0000, DJ 23/09/2021, e nº 5028306-07.2021.4.04.0000, DJ 24/08/2021), o Desembargador Federal Relator Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle, da 4ª Turma, determinou que, enquanto durar o afastamento das gestantes, os valores a elas pagos devem ser enquadrados como salário-maternidade, nos termos do art. 394-A da CLT. O Desembargador também aplicou essa solução às gravidezes vindouras durante a pandemia e

enquanto durar a lei. Determinou, ainda, a exclusão dos pagamentos feitos pelas empresas às gestantes afastadas por força da Lei 14.151/2021 da base de cálculo das contribuições previdenciárias patronais destinadas à Previdência Social e aos terceiros (Sistema S).

Nessas decisões, proferidas monocraticamente (individualmente) pelo Relator em sede de agravo de instrumento (empresas que, por decisões desfavoráveis do Juiz da 4ª Vara Federal de Florianópolis, recorreram ao Tribunal) foram concedidas tutela de urgência provisórias (isto é, concedidas pelo Relator em um primeiro momento, antes de serem submetidas ao julgamento do demais Desembargadores da Turma).

Em sua fundamentação, o Relator pontuou que a Constituição Federal prevê que compete ao Estado, por meio do Sistema de Seguridade Social, promover ações com o objetivo da proteção à maternidade, trazendo, como exemplo, os artigos 196, 201, II, 226 e da 227 da CF.

O julgador também faz alusão ao artigo 4º, §8º, da Convenção 103 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que trata do amparo à maternidade (incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto 10.088/2019), no sentido de que o empregador não pode ser responsabilizado pelo custo das prestações devidas às mulheres por ele empregadas.

Segundo ele, “imputar-se aos empregadores o custo de tais encargos seria um ônus demasiado pesado em um contexto tão complexo e já repleto de dificuldades, com o aumento de despesas e diminuição de oportunidades de trabalho para as mulheres.”

Assim, asseverou que, não podendo recair ao empregador a obrigação dos encargos com a gestante afastada, e tendo em vista o princípio da solidariedade social (o custeio, por toda a sociedade, dos benefícios previdenciários), deve ser de benefício previdenciário a natureza dos valores devidos à gestante afastada nessa situação, e em forma de compensação, nos termos do art. 72, § 1º, da Lei 8.213/1991 (a empresa paga o salário-maternidade, mas faz a compensação).

Concluiu que “tomando-se em conta que a Lei 14.151/2021 não estabeleceu a efetiva responsabilidade da empresa pelo pagamento dos salários no período do afastamento das empregadas gestantes, impossibilitadas de trabalhar à distância pela própria natureza das suas atividades, também entendo que não é incompatível com o ordenamento jurídico vigente o pagamento do salário-maternidade, durante o período de afastamento, em razão do risco para a gravidez, ocasionado pela Pandemia de Covid-19.”