

LEI 14.151/21 – IMPOSIÇÃO DE AFASTAMENTO DA EMPREGADA GESTANTE – QUEM DEVE BANCAR ?

No dia 13 de maio de 2021 foi publicada a Lei 14.151, dispondo sobre o afastamento da empregada gestante das atividades de trabalho presencial durante a emergência de saúde pública decorrente do novo coronavírus.

De forma bastante simplória, o texto legal determina que a empregada gestante deverá permanecer afastada das atividades de trabalho presencial, **sem prejuízo de sua remuneração, mas a disposição do empregador para exercer as atividades em seu domicílio, por meio de teletrabalho, trabalho remoto ou outra forma de trabalho a distância, durante a emergência de saúde pública.**

Se do texto de Lei coubesse a interposição de embargos de declaração, por certo o empresariado apontaria omissão ou pediria esclarecimento para que a legislador apontasse quem deve arcar com o pagamento da remuneração da empregada gestante na hipótese de o trabalho a distância ser incompatível com a atividade exercida por esta.

Infelizmente sendo o direito do trabalho protecionista, até que haja esclarecimento através de uma nova Lei, competirá ao empregador arcar com este pagamento até que a empregada entre na licença-maternidade, ou enquanto perdurar o estado de emergência da Saúde Pública.

Fato é que a Lei 14.151/21 imputou ao empregador a obrigação de custear e proteger a gestante e o nascituro, em total dissonância com o texto constitucional que dispõe que é dever do Estado assegurar o direito à saúde e proteção da maternidade.

As lacunas encontradas na redação da Lei 14.151/21 podem ser sanadas através do projeto de Lei 2058/21, que tramita em regime de urgência (Art. 155, RICD) e se encontra para aprovação na Câmara dos Deputados. Vejamos o texto da proposta:

§ 1º Não fará jus ao disposto no caput a empregada gestante vacinada contra a covid-19.

§ 2º 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.

§ 3º Na hipótese de a natureza da função desempenhada pela empregada gestante não ser compatível com o teletrabalho, o trabalho remoto ou outra forma de trabalho à distância, o empregador poderá suspender-lhe temporariamente o contrato de trabalho, ocasião em que a empregada fará jus ao Benefício Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda disposto no art. 5º e seguintes da Medida Provisória nº 1.045, de 27 de abril de 2021, enquanto perdurar a suspensão.

A sugestão de que o empregador se utilize da suspensão do contrato de trabalho prevista na Medida Provisória 1.045/2021 reduz o impacto financeiro, mas ainda coloca nas "costas" do empregador que possui receita bruta superior a R\$4.800.00,00, a obrigação de pagar uma ajuda compensatória mensal no valor correspondente a trinta por cento do salário do empregado.

Por outro lado, a solução para as obrigações impostas pela Lei 14.151/21 está vindo do judiciário e não do Legislativo.

Recentes decisões proferidas em sede de Mandado de Segurança Cível, aplicam, por analogia o quanto previsto no § 3º do artigo 394-A da CLT, uma vez que a gestante faz parte do grupo de risco do coronavírus. In verbis a redação do § 3º do artigo 394-A da CLT:

§ 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.

Neste interim, sugere-se que a empregada seja encaminhada ao INSS para dar entrada no pedido de salário maternidade. Caso seja negado, o empregador deverá buscar o judiciário e impetrar Mandado de Segurança de natureza cível, com o fito de obter a tutela antecipada do Estado, requerendo que o benefício seja antecipado pelo órgão previdenciário.

Neste sentido, a decisão proferida no processo 5003320-62.2021.4.03.6128, da 1ª Vara Federal de Jundiaí que além de amoldar o artigo 394-A da CLT ressaltou que embora o não fique expresso no aludido artigo 394-A da CLT, "o ônus do salário-maternidade não pode ser direcionado aos empregadores, por implicar de forma transversa afronta à proteção à maternidade e à mulher grávida". Vejamos o trecho da decisão:

"Registre-se na Adin 5938 houve concessão de medida liminar suspendendo os efeitos da exigência de apresentação de atestado pela trabalhadora (partes riscadas acima), sendo que o Ministro Alexandre de Moraes deixou consignado em seu voto que o salário-maternidade pela necessidade de afastamento do trabalho, previsto no § 3º acima transcrito, é devido nos termos da Lei 8.213, de 1991, como consta, sendo ônus do INSS, e não do empregador. Embora não fique expresso no aludido artigo 394-A da CLT, o ônus do salário-maternidade não pode ser direcionado aos empregadores, por implicar de forma transversa afronta à proteção à maternidade e à mulher grávida, o que foi lembrado pelo Ministro na supramencionada Adin 5938, e também afrontaria o disposto no Artigo IV, item 8, da Convenção 103 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), quando prevê que "em hipótese alguma, deve o empregador ser tido como pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas às mulheres que ele emprega" Nesse diapasão, a Receita Federal do Brasil, por meio da

Solução de Consulta 287 da Cosit, veio integrar as disposições do multicitado artigo 394-A da CLT com aquelas da Lei 8.213, de 1991, dando plena aplicação às inovações da CLT, assim como ao decidido pelo Ministro Relator da Adin 5938, reconhecendo que: “não há como não se permitir ao contribuinte o direito à compensação integral do salário-maternidade, durante todo o período de afastamento, quando proveniente da impossibilidade de a gestante ou lactante, afastada em face de atividades consideradas insalubres.” E na conclusão daquela Solução de Consulta ficou consignado que “a) segundo a previsão legal objeto do artigo 394-A, e § 3º, da CLT, ao contribuinte é permitido o direito à dedução integral do salário-maternidade, durante todo o período de afastamento ...” Tais disposições da CLT possuem a mesma finalidade daquela prevista no artigo 1º da Lei 14.151, que é a proteção à maternidade e à mulher grávida. Outrossim, prevendo tal Lei 14.151 o direito da trabalhadora gestante a se afastar de sua atividade na hipótese de não ser possível o trabalho a distância, com a manutenção de sua remuneração, o ônus financeiro desse direito não pode recair sobre o empregador, exatamente pelos mesmos motivos das demais hipóteses de licença maternidade, que em última análise visa a não discriminar a mulher na relação de trabalho, o que foi lembrado pelo Ministro na supramencionada Adin 5938, e também afrontaria o disposto no Artigo IV, item 8, da Convenção 103 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), quando prevê que “em hipótese alguma, deve o empregador ser tido como pessoalmente responsável pelo custo das prestações.”

Outra decisão semelhante foi proferida nos autos do Mandado de Segurança do processo 5006449-07.2021.4.03.6183, decisão da 14ª vara cível de São Paulo cujo entendimento é no sentido de que a Saúde, a Previdência Social e a Assistência Social são deveres do Estado não cabendo a empregadora ser obrigada a arcar com encargos quando a empregada está impossibilitada de trabalhar em razão de uma crise emergencial na saúde pública.

Muito embora nesta decisão o juízo não invoque, por analogia, o artigo 394-A, e § 3º, da CLT, ressalta que nos termos do artigo 4º, §8º, da Convenção nº 103 da Organização Internacional do Trabalho Relativa ao Amparo à Maternidade, convenção incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 10.088/2019, “**Em hipótese alguma, deve o empregador ser tido como pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas às mulheres que ele emprega**”.

Desta forma, aplica-se o artigo 72, §1º, da Lei nº 8.213/91, devendo o benefício, a princípio, ser pago pela empresa e, posteriormente esta deverá ser ressarcida integralmente pela previdência social, como já decidido no Recurso Especial 237.202/CE, cuja ementa segue abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. LICENÇA-MATERNIDADE. REEMBOLSO DO EMPREGADOR. ART. 7º , XVIII, DA CF. 1. Por força da auto-

aplicabilidade do art. 7º , XVIII, da CF, o empregador deve ser ressarcido integralmente, pela Previdência Social, do pagamento efetuado à empregada gestante durante os 120 dias de licença. 2. Recurso especial conhecido e provido(STJ - REsp: 237202 CE 1999/0100008-4, Relator: Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Data de Julgamento: 19/03/2002, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 10.06.2002 p. 171 RSTJ vol. 159 p. 239)

Diante do exposto, deve o empregador buscar o ressarcimento do pagamento efetuado a título de salário maternidade, recorrendo ao judiciário, se assim for o caso, para buscar a tutela de urgência através da interposição ação própria em face da autarquia previdenciária.



Por Dra. Ana Virginia Menzel

Sócia do LAPA GÓES E GÓES Advogados, com atuação destacada na advocacia trabalhista empresarial, sobretudo no segmento de transporte de valores e segurança patrimonial.