

Assunto: Abrangência e implicações da Lei n.º 14.151/2021

Sumário:

- I – Aspectos Gerais
- II – A Lei n.º 14.151/21 e sua interface com as MPs n.º 1.045 e 1.046/21
- III - Estabilidade provisória da Gestante e a MP n.º 1.045/21
- IV – Afastamento das Gestante e das Lactantes do Trabalho em Atividades Insalubres
- V – A gestante e a legislação de Segurança e Saúde no Trabalho na área da Saúde
- VI – Ministério Público do Trabalho
- VII – Teletrabalho ou trabalho remoto – responsabilidades do empregador
- VIII – Do negociado sobre o legislado
- IX – Conclusão

I – Aspectos Gerais:

Publicada em 13 de maio, a Lei n.º 14.151/21 determina o afastamento da trabalhadora gestante das atividades de trabalho presencial, pelo período que perdurar a emergência de saúde pública de importância nacional (declarada pela Portaria n.º 188, de 3 de fevereiro de 2020 do Ministério da Saúde, de acordo com a regulamentação contida no Decreto n.º 7.616/11), sem prejuízo de sua remuneração, ficando à disposição do empregador para exercer suas atividades em seu domicílio, por meio de teletrabalho, trabalho remoto ou outra forma de trabalho à distância.

Esta lei foi originada do Projeto de Lei n.º 3.932/2020, de autoria da deputada federal Perpétua Almeida (PCdoB-AC), em conjunto com outras deputadas. Sendo submetido ao regime de urgência, o texto foi analisado pela Câmara dos Deputados em agosto de 2020 e aprovado pelo Senado Federal em 15 de abril de 2021, sendo posteriormente encaminhado à sanção presidencial.

Certamente, a edição desta lei teve como objetivo a proteção da gestante e, especialmente, do nascituro, reconhecendo que a situação atual de pandemia ocasionada pela Covid-19 exige maior amparo legal de forma a evitar uma eventual contaminação da genitora ou mesmo do filho em gestação.

Todavia, a simplicidade encontrada na recém-publicada lei trouxe para o setor produtivo um cenário de dúvidas, grande insegurança jurídica e provável aumento substancial de custos operacionais. Vejamos ela na sua íntegra:

“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 à distância.

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

Nesse momento, onde os setores econômicos estão buscando um resquício de “fôlego” visando à manutenção dos postos de trabalho e à continuidade das atividades produtivas, a imposição de maiores dificuldades, ainda que justificada pela necessária proteção à gestante e ao nascituro, traz grande preocupação, sendo necessárias soluções urgentes para reduzir os impactos da nova lei.

Com efeito, a Lei n.º 14.151/21, ao simplesmente compelir ao afastamento da empregada gestante do ambiente de trabalho presencial, não considera alternativas de segurança, e muito menos traz soluções aos custos sociais impostos às empresas pela medida,

especialmente no caso de trabalhadores em atividades para os quais não é possível o trabalho em seu domicílio.

Por certo, todas as atividades econômicas passam a partir da edição desta lei a ficarem obrigadas a assumir a integralidade dessas despesas em um momento agudo de falta de recursos para as empresas.

Certamente a situação é ainda mais grave para pequenas e médias empresas, que representam cerca da metade dos empregos no país e têm pouquíssima condição de suportar o custo salarial da empregada afastada por um longo período, e por consequência, a contratação de um substituto, para o desempenho das atividades originalmente desempenhadas pela trabalhadora, que muitas vezes se afigura necessário.

Porém, o custeio dessa proteção não deveria ser repassado em sua integralidade ao empregador, como bem disposto na Convenção nº 103 (Amparo à Maternidade) da Organização Internacional do Trabalho – OIT, que passou a vigor no território brasileiro em 18 de junho de 1966. Esta convenção, ratificada pelo Brasil, versa em seu art. VI, 8, o seguinte:

“Art. IV — 1. Quando uma mulher se ausentar de seu trabalho em virtude dos dispositivos do art. 3 (licença maternidade) acima, ela tem direito a prestações em espécie e a assistência médica.

8. Em hipótese alguma, deve o empregador ser tido como pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas às mulheres que ele emprega.”

O ilustre magistrado do trabalho, Otavio Torres Calvet, juiz do trabalho no TRT-RJ, assim descreveu a imputação do custeio integral por parte do empregador, ocasionado pelo afastamento da gestante determinado pela Lei n.º 14.151/21:

“A escolha do legislador, então, parece ter levado em conta caber ao empregador assumir, por ora, o encargo de fazer cumprir um dos valores mais importantes da Constituição: o direito à vida. No caso, não apenas da empregada, mas do nascituro. Está lá, no texto constitucional, o direito social da proteção à maternidade, claramente concretizado pela nova Lei 14.151 em contexto de emergência pública decorrente da pandemia do coronavírus.

Surge, portanto, um novo direito à gestante, de caráter emergencial, a ser observado imediatamente e custeado pelo empregador. Direito de ordem pública, que restringe a possibilidade de escolhas individuais e, a meu ver, também coletivas ou por trabalhadoras hipersuficientes, já que se insere dentro das normas trabalhistas de saúde, segurança e higiene, conforme art. 611-B, XVII da CLT.”

O juiz Otávio Torres Calvet ainda destaca:

“Comungo com o sentimento de que o ideal teria sido atribuir à sociedade como um todo, e não apenas ao empregador, o ônus da manutenção dos salários das gestantes impedidas de trabalhar pela nova lei (ou seja, aquelas cuja atividade não se afigurar compatível com o trabalho a distância em alguma das suas modalidades).”

Além do imperativo custeio repassado na integralidade para o empregador, a lei foi categórica ao impor o afastamento da trabalhadora gestante do trabalho dentro dos estabelecimentos empresariais.

Esta lei não prestigiou os protocolos de prevenção, controle e mitigação dos riscos de transmissão da COVID-19 nos ambientes de trabalho adotadas desde 2020 pelas empresas. Em seu parágrafo único do art. 1º, determinou o total afastamento da empregada gestante dos postos de trabalho, devendo ficar à disposição para exercer as

suas atividades em seu domicílio, por meio de teletrabalho, trabalho remoto ou outra forma de trabalho à distância.

O afastamento mandatório contido nesta lei, deve ser adotado por todos aqueles que possuem em seus quadros trabalhadoras gestantes, estando elas exercendo suas atividades em locais salubres ou insalubres, independentemente das funções desempenhadas, sendo elas ou não, compatíveis com a possibilidade do trabalho remoto.

II – A Lei n.º 14.151/21 e sua interface com as MPs n.º 1.045 e 1.046/21:

É necessário, nessa conjuntura, reconhecer a importância da edição das Medidas Provisórias n.º 1.045/21 e 1.046/21, por meio das quais são retomados o Programa Emergencial do Emprego e da Renda e o Benefício Emergencial – BEm (MP n.º 1.045/21), bem como a simplificação de exigências trabalhistas (MP n.º 1.046/21). Tratou-se de iniciativa muito positiva no cenário atual. No entanto, há muitas dúvidas sobre a possibilidade de aplicação de tais MPs para as gestantes, dado o caráter imperativo da Lei 14.151/21.

Para uma análise mais pormenorizada sobre a aplicação do BEm na situação em tela, inicialmente chamamos atenção para o caput do art. 1º da Lei n.º 14.151, que assim dispõe:

“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.”

Desse mandamento direto, podemos, ao nosso entender, extrair duas conclusões. A primeira e mais cristalina, é a que não pode haver qualquer perda ou diminuição na “remuneração” da trabalhadora gestante.

Nesta questão primeira, necessário se faz distinguir os institutos “salário” e “remuneração”, sendo este último, nomenclatura escolhida pelo legislador para estampar o alcance da previsão legal contida no texto da Lei n.º 14.151/21.

O “salário” é a contraprestação devida ao empregado pela prestação de serviços decorrentes da relação de emprego. Já a “remuneração” é a soma do salário contratual com outras vantagens percebidas na vigência da relação do contrato de trabalho, tais como as gratificações legais e as comissões, além dos adicionais devidos decorrentes da prestação de serviços como horas extras, adicional noturno, insalubridade, periculosidade, dentre outros. (art. 457 da CLT)

A Lei n.º 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) estabeleceu por meio da nova redação dada ao § 2º do art. 457 da CLT, que a partir de 11.11.2017, ainda que habituais, não integram a remuneração do empregado as parcelas abaixo:

- Abonos;
- Prêmios (assiduidade, triênio, anuênio, biênios, quinquênios);
- Ajuda de custos (qualquer valor);
- Abonos habituais Salário in Natura – fornecimento habitual de qualquer vantagem concedida ao empregado (aluguel de casa, carros, escola de filhos etc.).
- Diárias para viagem, ainda que excedam a 50% (cinquenta por cento) do salário recebido pelo empregado.

Portanto, em uma eventual escolha por parte do empregador em optar por afastar sua trabalhadora gestante (teletrabalho, trabalho remoto ou outra forma de trabalho à distância), utilizando-se também o mecanismo contido no Benefício Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda (BEm) de redução da jornada de trabalho com a sua respectiva redução salarial, caberá a esse empregador, não só complementar a eventual perda salarial que essa trabalhadora venha ter, uma vez que a complementação salarial arcada pelo BEm, é feita com base na parcela do Seguro-Desemprego a que a

trabalhadora teria direito (desta forma o que ela recebe do governo federal não é exatamente o que ele deixará de receber do empregador - Portaria SEPRT n.º 6100 de 27/05/2021), como também, continuar a arcar com todos os benefícios que integram a “remuneração” dessa trabalhadora.

A segunda conclusão, não tão cristalina assim, pois carece de mais discussões entre os operadores do direito do trabalho, diz respeito sobre a possibilidade ou não da utilização do mecanismo da suspensão do contrato de trabalho, igualmente contido no BEm.

Os debates nessa questão dividem-se em três correntes: 1 - aqueles que se filiam ao entendimento de que a suspensão do contrato de trabalho é incompatível com a Lei n.º 14.151/21; 2 - uma corrente intermediária que entende que é possível sua aplicação observando a questão de não haver perda de remuneração; e 3 - àqueles que entendem que os mecanismos do BEm se aplicam na integralidade, mesmo na vigência da Lei n.º 14.151/21.

Os que advogam a primeira corrente, defendem que a suspensão contratual implicaria redução no período aquisitivo de férias e, em determinadas situações, diminuição do valor do 13º salário, além da ausência de cômputo do período de suspensão no tempo de vigência do contrato de trabalho, conforme já reconhecido pelo próprio Ministério da Economia na Nota Técnica SEI nº 51520/2020/ME, editada no ano passado.

Essa corrente defende ainda que o Benefício Emergencial que a empregada gestante receberá pode ser inferior à sua remuneração, caso esta seja maior que o valor máximo do seguro-desemprego a que a mesma empregada teria direito, além de não haver incidência de FGTS.

A segunda corrente, que detém o maior número de adeptos no mundo jurídico, defende que a suspensão do contrato de trabalho da empregada gestante até pode ser utilizada pelo empregador, todavia, desde que haja complementação do valor por ela recebido a título de Benefício Emergencial (BEm) até que se chegue ao valor da sua remuneração.

Essa corrente defende também a necessidade de o empregador continuar recolhendo o FGTS normalmente durante o período de suspensão contratual.

Já os adeptos da terceira corrente entendem que a interpretação literal e isolada da norma não é a melhor, nem aquela que alcança os fins sociais objetivados pela lei ou as exigências do bem comum, sendo necessário, assim, que a Lei n.º 14.151/21 seja interpretada organicamente com o sistema jurídico extraordinário criado durante a pandemia da COVID-19. Essa corrente apregoa que a Lei n.º 14.151/21 não regulou a mesma matéria disciplinada na MP 1.045/21 em relação às empregadas gestantes, e que, portanto, ela apenas é uma lei que trouxe disposições especiais a par de uma norma existente, sendo assim, não pode promover qualquer tipo de revogação (art. 2º, §2º, Decreto-Lei n.º 4.657/42 - LINDB).

Vale por fim destacar que, de acordo com o art. 2º da MP nº 1.045, o BEm terá um prazo de vigência limitado a 120 (cento e vinte) dias a contar da data da sua publicação no Diário Oficial da União, ocorrido no dia 28/04/2021, portanto, caso não haja sua conversão em lei ou mesmo a prorrogação da sua vigência pelo Congresso Nacional (de acordo com a CF/88 no Art. 64, § 4º, o prazo de vigência de uma MP é de 60 (sessenta) dias, podendo ser prorrogada por mais 60 (sessenta) dias), os mecanismos de redução de jornada de trabalho com a respectiva redução de remuneração ou mesmo a suspensão do contrato de trabalho, só poderão ser utilizado pelos empregadores até a data limite de 25 de agosto de 2021.

A MP n.º 1.046/21 trata sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19). Dentre essas medidas, destacamos a possibilidade de serem adotadas pelos empregadores, entre outras, as seguintes medidas:

- a) a antecipação de férias individuais;
- b) a concessão de férias coletivas;

c) postergação do pagamento do abono pecuário de férias;

c) o aproveitamento e a antecipação de feriados;

d) o banco de horas;

Ambas MPs (1.045 e 1.046/21), tiveram recentemente o seu prazo prorrogado por 60 (sessenta) dias por Atos do Presidente da Mesa do Congresso Nacional (n.ºs 41 e 42) publicados no Diário Oficial da União do dia 16/06/2021, podendo, portanto, serem utilizadas até o seu prazo final originalmente previsto (25/08/2021).

Todavia, não sendo as MPs transformadas em lei, e seu prazo de 120 (cento e vinte) dias de vigência alterado pelo Congresso Nacional, o certo é que esses mecanismos contidos na MP n.º 1.045/21 como também na MP n.º 1.046/21, não vigorarão pelo tempo necessário para contemplar todo o período de emergência de saúde pública de importância nacional decorrente do novo coronavírus, o qual é utilizado na própria Lei n.º 14.151/21 como fundamento para que as trabalhadoras gestantes fiquem afastadas do mercado de trabalho.

III - Estabilidade provisória da Gestante e a MP n.º 1.045/21:

Em relação a estabilidade provisória do contrato de trabalho da gestante, de acordo com o inciso II, alínea "b" do Ato Das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), a empregada gestante tem o direito à estabilidade no emprego, desde a confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto.

No caso de empresas que participam do programa "Empresa Cidadã" (instituído pela Lei nº 11.770/2008 e regulamentado pelo Decreto nº 7.052/2009), este período poderá ser prorrogado em até 60 (sessenta) dias quando a empregada assim o requerer ou, ainda, quando a própria empresa aderir voluntariamente ao programa.

Portanto, em relação à estabilidade provisória da gestante, é importante esclarecer que, de acordo com a MP n.º 1.045/21, a trabalhadora gestante também terá direito a uma garantia provisória no emprego equivalente ao período acordado para a suspensão ou redução da jornada de trabalho do seu contrato de trabalho, ou seja, durante os cinco meses (ou sete no caso de Empresa Cidadã) após o parto do nascituro não poderá haver demissão, e encerrado esse período, inicia-se a contagem da estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II da MP n.º 1.045/21, que prevê uma garantia provisória no emprego ao empregado que receber o Benefício Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda (BEm) por período equivalente ao acordado para a redução ou a suspensão do contrato de trabalho.

IV - Afastamento das Gestante e das Lactantes do Trabalho em Atividades Insalubres:

As atividades e operações insalubres são aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, expõem os trabalhadores a agentes nocivos à sua saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos. (Art. 189 da CLT)

De acordo com o art. 190 da CLT, coube ao antigo Ministério do Trabalho, atualmente Ministério da Economia, aprovar o quadro das atividades e operações insalubres e adotará normas sobre os critérios de caracterização da insalubridade, os limites de tolerância aos agentes agressivos, meios de proteção e o tempo máximo de exposição do empregado a esses agentes. Essa regulamentação está contida na Norma Regulamentadora n.º 15 de Segurança e Saúde no Trabalho.

As atividades ou operações consideradas insalubres, estão divididas em três grandes categorias: riscos físicos, químicos e biológicos. Para essa caracterização, os riscos ambientais listados abaixo, deverão ser encontrados, de forma qualitativa (Anexos n.º 6, 13 e 14), acima dos limites de tolerância (Anexos n.º 1, 2, 3, 5, 11 e 12) ou comprovadas através de laudo de inspeção do local de trabalho (Anexos n.º 7, 8, 9 e 10), previstos nos anexos da NR 15:

- ruído contínuo ou intermitente (Anexo 1);
- ruído de impacto (Anexo 2);
- exposição de calor (Anexo 3);
- radiação ionizantes (Anexo 5) e não ionizantes (Anexo 7);
- trabalho sob condições hiperbáricas (Anexo 6);
- vibração (Anexo 8);
- frio (Anexo 9);
- umidade (Anexo 10);
- agentes químicos (Anexo 11, 13 e 13A);
- poeiras minerais (Anexo 12);
- agentes biológicos (Anexo 14);

O principal risco ambiental no setor de saúde, que enseja o maior número de pagamentos de insalubridade, é com certeza, a exposição a agentes biológicos, que está regulada no anexo 14 da NR 15, com redação dada pela Portaria SSST n.º 12, de 12 de novembro de 1979.

Desde a criação da NR 15 em 1978, não havia naquela data, e continua a não haver, qualquer limite de exposição definido para agentes biológicos, pois não há uma relação dose-resposta definida para a maioria dos agentes biológicos. A NR 15 prevê duas situações que alcançam as atividades encontradas nos estabelecimentos de saúde, para a caracterização da insalubridade por risco biológico:

- **Insalubridade em grau máximo** - Trabalho ou operações, em contato permanente com pacientes em isolamento por doenças infectocontagiosas, bem como objetos de seu uso, não previamente esterilizados; e
- **Insalubridade em grau médio** - Trabalhos e operações em contato permanente com pacientes, animais ou com material infecto-

contagante, em hospitais, serviços de emergência, enfermarias, ambulatórios, postos de vacinação e outros estabelecimentos destinados aos cuidados da saúde humana (aplica-se unicamente ao pessoal que tenha contato com os pacientes, bem como aos que manuseiam objetos de uso desses pacientes, não previamente esterilizados);

A Lei n.º 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) introduziu na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) o artigo 394-A, que previu originalmente o afastamento imediato das gestantes das atividades consideradas insalubres em grau máximo. No caso da insalubridade em graus médio ou mínimo, este artigo da CLT previa que o afastamento das gestantes só se daria quando a própria trabalhadora apresentasse atestado de saúde, emitido por médico de sua confiança, recomendando o seu afastamento durante a gestação.

Entretanto, em 29 de maio de 2019, o Supremo Tribunal Federal – STF, por 10 votos a 1, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.938, movida pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos, declarou inconstitucional o trecho do artigo que previa a necessidade de apresentação de atestado de saúde como condição para o afastamento de gestantes e lactantes de atividades insalubres em grau médio ou mínimo. Essa decisão, obrigou o afastamento das gestantes e lactantes do trabalho, independentemente do grau de insalubridade no ambiente laboral.

Vejamos o texto atualmente vigente do art. 394-A da CLT:

“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;

III - atividades consideradas insalubres em qualquer grau.

§ 1º (VETADO)

§ 2º Cabe à empresa pagar o adicional de insalubridade à gestante ou à lactante, efetivando-se a compensação, observado o disposto no art. 248 da Constituição Federal, por ocasião do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço.

§ 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 n.º 8.213, de 24 de julho de 1991, durante todo o período de afastamento.”

Com base na atual redação do art. 394-A combinada com o mandamento compulsório contido na Lei n.º 14.151/21, caso a trabalhadora exerça suas atividades em local insalubre ou exercia originalmente as suas atividades em local insalubre e em razão da regra do art. 394-A da CLT estava exercendo suas atividades em local totalmente salubre, deverá a gestação a partir da promulgação da Lei n.º 14.151/21, ser considerada de risco e a trabalhadora deve ser afastada sob essa égide.

Essa condição, nos termos da Solução de Consulta nº 287, de 14.10.2019, emitida pela Receita Federal do Brasil (SC COSIT nº 287/2019):

“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, quando proveniente da impossibilidade de a gestante ou lactante, afastada em face de atividades consideradas insalubres, e esta não possa exercer suas atividades em local salubre na empresa, restando caracterizada a hipótese como gravidez de risco.”

Mais recentemente, em maio de 2021, por meio da Solução de Consulta DISIT/SRRF nº 4.017, de 03.05.2021, a Receita Federal do Brasil voltou a referendar o mesmo entendimento exarado anteriormente:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS. SALÁRIO-MATERNIDADE. ATIVIDADE INSALUBRE. GRAVIDEZ DE RISCO POR INSALUBRIDADE. COMPENSAÇÃO (DEDUÇÃO). POSSIBILIDADE.

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, quando proveniente da impossibilidade de a gestante ou lactante afastada em face de atividades consideradas insalubres, e esta não possa exercer suas atividades em local salubre na empresa, restando caracterizada a hipótese como gravidez de risco.

SOLUÇÃO DE CONSULTA VINCULADA À SOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 287 - COSIT, DE 21 DE OUTUBRO DE 2019.

Dispositivos Legais: Constituição Federal de 1988, artigos 7º, incisos XVIII, XX e XXII, e 201, inciso II; Lei n.º 6.136, de 1974, artigo 1º; Lei nº 8.213, de 1991, artigo 71, parágrafo 1º; Lei nº 13.467, de 2017, artigo 1º; CLT, artigo 394-A, inciso II, e parágrafo 3º; RPS aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 1999, artigos 93, parágrafo 1º, 94 e 96; e IN RFB nº 971, de 2009, artigos 86, parágrafo 2º, e 93.

Ou seja, deverá permanecer afastada recebendo salário-maternidade (sem prejuízo da sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade) durante todo o período de afastamento, correspondente ao tempo.

Essa possibilidade nos parece, na atual conjuntura, ser a melhor solução para o empregador da saúde, pois, ainda que o empregador arque diretamente com o salário maternidade, esse ônus, ao final, será do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), em razão da compensação dos valores pagos a esse título, que deverá ser feita mensalmente no conjunto dos recolhimentos previdenciários realizados pela empresa.

A própria Confederação Nacional de Saúde (CNSaúde) questionou o INSS sobre a aplicação do artigo 394-A da CLT e da SC COSIT nº 287/2019 (por meio do Ofício nº 239, de 12.09.2019), obtendo como resposta, em janeiro de 2020, a reiteração de que a obrigação pelo pagamento do salário-maternidade durante o afastamento da trabalhadora, previsto nos citados normativos, é do empregador, que deve realizar a compensação quando do recolhimento das demais obrigações previdenciárias da empresa (cf. Despacho da Diretoria de Benefícios no Processo nº 35000.002617/2019-62).

Contudo, importante destacar que, no caso das trabalhadoras gestantes que exerçam suas atividades, em atividades e locais considerados originalmente como “salubres” nos estabelecimentos de saúde, portanto, que até então não faziam jus ao recebimento de adicional de insalubridade, não é aconselhável o afastamento dessa trabalhadora com base na regra contida no art. 394-A da CLT, pois essa opção poderá acarretar outras implicações legais para o empregador.

Por fim, vale ainda destacar que o art. 394-A da CLT ainda determina o afastamento da trabalhadora “lactante” das atividades e locais insalubres e que, portanto, de acordo com o art. 396 da CLT, esse período regulamentado pela legislação nacional é até que a criança complete 6 (seis) meses de idade. Assim sendo, não havendo uma atividade ou local “salubre” para ela desenvolver suas funções no estabelecimento de saúde, esta deverá continuar afastada.

V – A gestante e a legislação de Segurança e Saúde no Trabalho na área da Saúde:

A Norma Regulamentadora n.º 32 - SEGURANÇA E SAÚDE NO TRABALHO EM SERVIÇOS DE SAÚDE, publicada pela Portaria MTb n.º 485, de 11 de novembro de 2005, e que tem por objetivo estabelecer as diretrizes básicas para a implementação de medidas de proteção à segurança e à saúde dos trabalhadores dos serviços de saúde, bem como daqueles que exercem atividades de promoção e assistência à saúde em geral, já tratava em seu bojo, da necessidade do afastamento da trabalhadora gestante e nutriz de suas atividades, em algumas determinadas situações:

- Toda trabalhadora gestante só será liberada para o trabalho em áreas com possibilidade de exposição a gases ou vapores anestésicos após autorização por escrito do médico responsável pelo PCMSO, considerando as informações contidas no PPRA (Item 32.3.9.3.4 da NR 32);
- Com relação aos quimioterápicos antineoplásicos, compete ao empregador afastar das atividades as trabalhadoras gestantes e nutrizas (Item 32.3.9.4.6 “b” da NR 32);
- Toda trabalhadora com gravidez confirmada deve ser afastada das atividades com radiações ionizantes, devendo ser remanejada para atividade compatível com seu nível de formação (item 32.4.4 do texto da NR 32).

Em meados de junho do ano passado, os Ministérios da Economia e da Saúde, editaram a Portaria Conjunta n.º 20, de 18.06.2020, que estabeleceu as medidas a serem observadas visando à prevenção, controle e mitigação dos riscos de transmissão da COVID-19 nos ambientes de trabalho (orientações gerais).

Essa portaria excluiu em seu art. 1º § 1º, de forma exclusiva, a sua observância obrigatória apenas pelos serviços de saúde, devendo todos os demais segmentos econômicos, segui-la na íntegra:

“§ 1º As medidas previstas nesta portaria não se aplicam aos serviços de saúde, para os quais devem ser observadas as orientações e regulamentações específicas, e poderão ser revistas ou atualizadas por meio de portaria conjunta, a qualquer momento em razão dos avanços no conhecimento e controle da pandemia.”

Todavia, ela tratou em seu bojo, de regulamentar as “condições clínicas de risco”, inserindo nessa categoria as trabalhadoras “gestantes de alto risco” (item 2.11.1).

Para esse grupo de trabalhadoras gestantes, que foram enquadradas como condições clínicas de risco, a Portaria Conjunta determinou o recebimento de uma atenção especial por parte do empregador, priorizando-se sua permanência na residência em teletrabalho ou trabalho remoto ou, ainda, em atividade ou local que reduza o contato com outros trabalhadores e o público, quando possível.

VI – Ministério Público do Trabalho:

Em 14 de janeiro de 2021, o Ministério Público do Trabalho (MPT) divulgou a Nota Técnica 01/2021 do GT Nacional da Covid-19 (<https://mpt.mp.br/pgt/noticias/nota-tecnica-gestante-gt-covid-19-assinada-2.pdf>), que tratou sobre a proteção à saúde e igualdade de oportunidades no trabalho para trabalhadoras gestantes em face da segunda onda da pandemia do COVID 19.

Essa NT, mesmo não tendo força de instrumento normativo, sugeriu a adoção de seis medidas e diretrizes aos empregadores, sindicatos e administração pública, visando a proteção da trabalhadora gestante:

“01. RETIRAR da organização das escalas de trabalho presencial as trabalhadoras gestantes;

02. GARANTIR, sempre que possível, às trabalhadoras gestantes, o direito a realizar as suas atividades laborais de modo remoto (home office), por equipamentos e sistemas informatizados, quando compatível com a função;

03. GARANTIR que trabalhadoras gestantes sejam dispensadas do comparecimento ao local de trabalho, no caso de não ser compatível a sua realização na modalidade home office, com remuneração assegurada, durante todo o período em que haja acentuado risco de contaminação no convívio social, podendo ser realizado o afastamento pautado em medidas alternativas, como: interrupção do contrato de trabalho; concessão de férias coletivas, integrais ou parciais; suspensão dos contratos de trabalho (lay off), suspensão do contrato de trabalho para fins de qualificação (art. 476-A da CLT), entre outras permitidas pela legislação vigente, aptas a garantir o distanciamento social, tendo em vista a condição de grupo de risco;

04. ACEITAR o afastamento de gestantes mediante atestado médico que ateste a condição gravídica, vedada a exigência de atestados médicos contendo Código Internacional de Doenças (CID), uma vez que as gestantes se enquadram no conceito de grupo de risco, não configurando o estado gravídico nenhuma patologia;

05. OBSERVAR que a ausência de condições pessoais, familiares, arquitetônicas da trabalhadora gestante para realizar suas atividades em home office ou sua dificuldade de adaptação à essa modalidade de prestação de serviço não configura hipótese de justa causa para a rescisão contratual.

06. ALERTAR que a dispensa de trabalhadoras gestantes nesse período de pandemia pode vir a configurar hipótese de dispensa

discriminatória prevista no art. 373-A, inciso II, do Decreto lei n. 5452/43 (CLT) e art. 4º. da Lei 9.029/99”

VII – Teletrabalho ou trabalho remoto – responsabilidades do empregador:

Importante destacarmos aqui que, ao afastar a trabalhadora gestante, colocando-a no teletrabalho ou trabalho remoto, conforme determina a Lei n.º 14.151/21, o empregador deverá fazê-lo seguindo a legislação trabalhista vigente, e que, deverá, obrigatoriamente, observar algumas regras para não ficar à mercê de implicações legais no futuro.

Primeiramente, “Teletrabalho” é a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo, isto é, do trabalho que, em razão de sua natureza, é desempenhado em locais fora da empresa.

Já a expressão "home office" é o termo específico ao trabalho empreendido em casa.

A previsão legal para o teletrabalho consta no artigo 6º da CLT, vejamos:

Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

A Lei n.º 13.467/17 (Reforma Trabalhista) introduziu na CLT um novo capítulo dedicado exclusivamente a essa temática, o Capítulo II-A, "Do Teletrabalho", com a inserção dos artigos 75-A a 75-E:

Art. 75-A. A prestação de serviços pelo empregado em regime de teletrabalho observará o disposto neste Capítulo.)

Art. 75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.

Parágrafo único. O comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho.

Art. 75-C. A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado.

§ 1º Poderá ser realizada a alteração entre regime presencial e de teletrabalho desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual.

§ 2º Poderá ser realizada a alteração do regime de teletrabalho para o presencial por determinação do empregador, garantido prazo de transição mínimo de quinze dias, com correspondente registro em aditivo contratual.

Art. 75-D. As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito.

Parágrafo único. As utilidades mencionadas no caput deste artigo não integram a remuneração do empregado.

Art. 75-E. O empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho.

Parágrafo único. O empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador.

A MP n.º 927/2020, ao tratar sobre o Teletrabalho, previa especificamente a obrigatoriedade do fornecimento pelo empregador ao empregado de equipamentos e infraestrutura necessários para realização do Teletrabalho, caso o empregado não os tivesse. Esse dispositivo foi também recepcionado pela MP n.º 1.046/21 (art. 3º §3º). Ou seja, para os contratos de teletrabalho estabelecidos sob as MPs, parece-nos clara a obrigatoriedade de fornecimentos de equipamentos e infraestrutura aos trabalhadores para que possam exercer sua atividade de forma remota.

O fornecimento dos equipamentos e da infraestrutura adequada ao home office muitas vezes está relacionado à segurança e saúde no trabalho, como por exemplo a questão da ergonomia. Portanto, diversas empresas têm optado por conceder uma ajuda de custo (formalizada) aos seus empregados para custeio das referidas despesas.

As questões de segurança e saúde no trabalho são um aspecto muito importante que o empregador deverá observar ao colocar a trabalhadora gestante no teletrabalho. É imperioso apontar que, em relação ao teletrabalho e o ambiente laboral, a CLT diz em seu art. 75-E que:

“O empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho”, determinando também que “o empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador”.

O Ministério Público do Trabalho – MPT, em 10 de setembro de 2020, publicou a Nota Técnica 17/2020 (<https://mpt.mp.br/pgt/noticias/nota-tecnica-n-17-sobre-trabalho-remoto-gt-covid-19-e-gt-nanotecnologia-1.pdf>), recomendando aos empregadores o cumprimento de medidas e diretrizes para trabalhadores em trabalho remoto ou home office, tais como:

- a) o teletrabalho deve ser exercido em condições de qualidade de vida e de saúde do trabalhador, abrangendo não só a ausência de afecção ou de doenças, mas também os elementos físicos e mentais que afetam a saúde e estão diretamente relacionados com a segurança e a higiene do trabalho; e
- b) o teletrabalho exige necessariamente adaptação e treinamento (principal e complementar necessário), incluindo treinamento mínimo para o teletrabalho para fins de qualificação e motivação das pessoas, de forma a que sejam atingidos níveis adequados de segurança e higiene.

A MP n.º 1.046/21, trouxe ainda em seu “Capítulo II”, uma série de regras complementares as já existentes na CLT, que deverão ser observadas pelo empregador, no período da

vigência da MP (até 25/08/2021), quando do encaminhamento da sua trabalhadora gestante para o teletrabalho ou trabalho remoto:

Art. 3º O empregador poderá, a seu critério, durante o prazo previsto no art. 1º, alterar o regime de trabalho presencial para teletrabalho, trabalho remoto ou outro tipo de trabalho a distância, além de determinar o retorno ao regime de trabalho presencial, independentemente da existência de acordos individuais ou coletivos, dispensado o registro prévio da alteração no contrato individual de trabalho.

§ 1º Para fins do disposto nesta Medida Provisória, considera-se teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho a distância a prestação de serviços preponderante ou totalmente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias da informação e comunicação que, por sua natureza, não configurem trabalho externo, hipótese em que se aplica o disposto no inciso III caput do art. 62 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio 1943.

§ 2º A alteração de que trata o caput será notificada ao empregado com antecedência de, no mínimo, quarenta e oito horas, por escrito ou por meio eletrônico.

§ 3º As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, pela manutenção ou pelo fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação de teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho à distância e as disposições relativas ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado serão previstas em contrato escrito, firmado previamente ou no prazo de trinta dias, contado da data da mudança do regime de trabalho.

§ 4º Na hipótese de o empregado não possuir os equipamentos tecnológicos nem a infraestrutura necessária e adequada à prestação de teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho à distância:

I - o empregador poderá fornecer os equipamentos em regime de comodato e pagar por serviços de infraestrutura, que não caracterizarão verba de natureza salarial; ou

II - o período da jornada normal de trabalho será computado como tempo de trabalho à disposição do empregador, na impossibilidade do oferecimento do regime de comodato de que trata o inciso I.

§ 5º O tempo de uso de equipamentos tecnológicos e de infraestrutura necessária, assim como de softwares, de ferramentas digitais ou de aplicações de internet utilizados para o teletrabalho fora da jornada de trabalho normal do empregado, não constitui tempo à disposição, regime de prontidão ou de sobreaviso, exceto se houver previsão em acordo individual ou em acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Art. 4º Fica permitida a adoção do regime de teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho a distância para estagiários e aprendizes, nos termos do disposto neste Capítulo.

VIII – Do negociado sobre o legislado:

As convenções e acordos coletivos de trabalho, são um direito consagrado no artigo 7º, XXVI da Constituição Federal de 1988. As negociações coletivas é o mecanismo pelo qual os empregadores e trabalhadores podem contribuir na definição das regras que regerão o pacto laboral, transferindo para os próprios interessados o protagonismo na produção de

normas jurídicas, tratando-se de um procedimento legítimo e democrático de pacificação social.

A Lei 13.467/17 (Reforma Trabalhista) incluiu o artigo 611-A na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), dispondo sobre as diversas hipóteses nas quais as convenções e acordos coletivos têm prevalência sobre a lei vigente. Da mesma forma, incluiu também na mesma consolidação, o artigo 611-B, que de maneira inversa, dispôs sobre o que não poderia ser objeto de supressão ou redução por meio do instituto da convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.

Uma dessas proibições contidas no 611-B é exatamente sobre normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho, atualmente Ministério da Economia. Inegável que a Lei n.º 14.151/21 tem a sua mens legis “espírito da lei” alicerçada não só na garantia da segurança e saúde da genitora como também o nascituro. A própria justificativa apresentada na proposta legislativa (PL n.º 3.932/2020) foi a de “proteger as mulheres gestantes de forma mais ampla e efetiva”.

Em razão do seu forte enquadramento como uma norma de segurança e saúde no trabalho, portanto, uma das limitações descritas no art. 611-B da CLT, um eventual acordo ou convenção coletiva de trabalho, não poderia prever menos do que o “ piso de proteção social” estipulado pelo legislador, ou seja, a proteção prevista pela Lei n.º 14.151/21, para as trabalhadoras gestantes.

IX – Conclusão

Diante de todo o exposto, em razão da publicação da Lei 14.151/21, torna-se urgente a adoção de medida, específica para a situação das gestantes, que combine a proteção desta e do nascituro, com a sustentabilidade das empresas, a retomada da economia e a proteção ao mercado de trabalho da mulher. Entendemos que a proteção de trabalhadoras gestantes é de ampla relevância, sendo aumentada pelo contexto atual.

Todavia, a lei ora analisada não dá margem para outra interpretação se não a de orientar o necessário e imediato afastamento de toda e qualquer trabalhadora gestante dos estabelecimentos de saúde, sem que com isso seja ocasionado qualquer diminuição em sua remuneração, pelo período que perdurar o seu afastamento das suas atividades presenciais para o teletrabalho ou trabalho remoto, independentemente das suas atividades laborais serem ou não compatíveis com esta forma de trabalho.

Para essa mudança (presencial para o teletrabalho), o empregador deverá observar de maneira atenta as regras contidas na CLT e na MP n.º 1.046/21, que atualmente regulamentam a forma e as regras para esse tipo de prestação de serviço.

Caberá ao empregador o custeio integral do período do afastamento da trabalhadora gestante, enquanto perdurar a vigência de Lei n.º 14.151/21 ou pelo menos, enquanto perdurar o estado de emergência de saúde pública de importância nacional, ou ainda, enquanto não houver alguma mudança legislativa, que possibilite o afastamento da trabalhadora gestante custeado pelo sistema de seguridade social.

A única possibilidade atual existente de haver uma compensação desses custos ao empregador, é nos casos dos afastamentos enquadrados na situação prevista do art. 394-A da CLT (trabalho da gestante em atividades ou locais insalubres). Neste caso específico, poderá o empregador afastar a trabalhadora gestante na condição de “gravidez de risco”, pagando o salário maternidade durante todo o período de afastamento podendo compensar esse custeio mensalmente no conjunto dos recolhimentos previdenciários realizados pela empresa.



Clovis Veloso de Queiroz Neto
Coordenador Geral de Relações do Trabalho e Sindical