O BEm e o afastamento das gestantes da atividade presencial

Ao longo do tempo nunca se imaginou que entidades sindicais patronais e laborais, historicamente antagônicas, viessem a se unir em torno de um objetivo comum: a sobrevivência. Com efeito, esse é um fator que une as pessoas; dissipam-se as diferenças e passa a se lutar por um objetivo comum. Foi justamente isso que a crise da Covid-19 trouxe aos mais diversos setores da sociedade, não só no Brasil, como pelo mundo a fora.

Realmente, por mais críticas que se tenha, a nível de gestão, no combate à Covid-19, o certo é que não houve quem duvidasse dos impactos que ela trouxe ao ser humano de forma geral. Medidas como isolamento social, fechamento de estabelecimentos comerciais, redução do trânsito de pessoas nas ruas, tiveram o efeito de não só evitar a propagação de um vírus poderoso, como também de sepultar negócios e diminuir a renda das pessoas. Para isso, não bastavam só os atos de governo, como a Medida Provisória 927/2020 ou a Medida Provisória 936/2020, posteriormente convertida na Lei nº 14.020/2020, ou a MP. 944/2020, que abriu crédito para o financiamento da folha de pagamento. Era necessário também o esforço conjunto das entidades sindicais para salvar empresas e salvaguardar empregos e nisso algumas delas são merecedoras de aplausos.

Ao final de 2020 pugnamos pela manutenção do programa de manutenção do emprego e da renda, pois as dificuldades geradas por essa doença, não obstante o início das campanhas de vacinação, ainda tornavam dificultosas a sustentação dos postos de emprego, fato que até o momento presente se mantém.

Em abril deste ano, o governo edita as Medidas Provisórias nº 1.045/2021 e 1.046/2021, recriando o Benefício Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda (BEm), para os casos de redução de jornada e de salário e para os casos de suspensão temporária do contrato de trabalho e, respectivamente, alternativas que poderão ser utilizadas pelos empregadores para o enfrentamento dos efeitos econômicos decorrentes da emergência de saúde pública, como o teletrabalho, a antecipação de férias individuais, a concessão de férias coletivas, o aproveitamento e a antecipação de feriados, o banco de horas, a suspensão de exigências administrativa em segurança e saúde no trabalho e o diferimento do recolhimento do fundo de garantia.

Até então, a sustentabilidade do trabalhador para os casos de redução de jornada e salário e de suspensão do contrato de trabalho advém integral ou parcialmente da ajuda do governo com a concessão do BEm.

Porém, a reboque das medidas provisórias editadas, no último dia 12 foi publicada a Lei nº 14.151/2021, dispondo sobre o afastamento da empregada gestante das atividades de trabalho presencial durante a emergência de saúde pública de importância nacional decorrente do novo coronavírus, colocando a empregada afastada à disposição para exercer as atividades em seu domicílio, por meio de teletrabalho, trabalho remoto ou outra forma de trabalho à distância.

Certamente, a grande questão que se levanta sobre esse tema decorre do fato de quando o trabalho praticado pela gestante não puder ser exercido por meio das hipóteses acima mencionadas, sendo aquele necessariamente exercido de forma presencial, como, por exemplo, o de enfermeiras, médicas, fisioterapeutas ou outras atividades que exijam a presença física da trabalhadora?

Nesse aspecto, todas as medidas criadas de proteção do emprego e da renda, não vão ao encontro dessa nova modalidade, ainda que transitória, de interrupção do contrato de trabalho, pois é disso que estamos falando quando o trabalho não puder ser realizado à distância.

Num primeiro momento, não se vislumbra a possibilidade de uma trabalhadora gestante em aceitar a possibilidade de suspensão de seu contrato de trabalho e, conseqüentemente, de recebimento do BEm, quando a lei lhe assegura o afastamento sem prejuízo de sua remuneração, o que futuramente implicaria numa discussão judicial sobre alteração *in pejus* do contrato de trabalho, nos moldes do artigo 468 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Assim, como o governo não previu a fonte de custeio para esse afastamento, descarregando sobre os ombros do já combalido empresário o ônus dessa obrigação, a melhor hipótese para o caso em tela passa a ser a negociação coletiva.

Vale lembrar que as MPs 1045/2021 e 1046/2021 abrem em seus textos várias possibilidades para acordos individuais, todavia essa hipótese deve ser completamente rechaçada para fins de segurança jurídica. Necessária se faz, sim, uma negociação coletiva, principalmente a nível de convenção coletiva do trabalho, que garanta a essa empregada gestante a manutenção de seu emprego, previstas tanto a nível constitucional quanto ao nível das MPs, se negociado fosse como suspensão do contrato de trabalho, sem violação à sua garantia constitucional e à proteção ao nascituro.

Ademais, deve-se prever formas de custeio, valendo ressaltar que enquanto o afastamento da gestante nasce como lei, o benefício emergencial ressurgente em caráter provisório, de modo que, superado, o prazo de vigência da MP, o empresário não poderá mais contar com a benesse do governo.

Entretanto, nesse primeiro momento, como forma paliativa para o empregador, enquanto existir a possibilidade de se socorrer do BEm, a melhor escolha é a da suspensão, devendo, no entanto, efetuar a complementação salarial resultante do valor recebido pela trabalhadora através do BEm, fazendo-a auferir 100% de seu salário.

Cumprindo assinalar, no caso de se operar a suspensão do contrato de trabalho, nasce para a trabalhadora gestante a garantia de emprego superveniente àquela já concedida pelo artigo 10, alínea "b", do ADCT, da CF/88, por período igual ao que ela permanecer afastada pela suspensão, o que não aconteceria no caso da interrupção promovida pela Lei 14.151/2020.

Ressaltamos também, a título de argumentação, que não se deve cogitar a hipótese de afastamento previdenciário, pois não se trata de considerar gravidez como doença ou que se considere disposto do artigo 394-A, §3º, da CLT, ou seja, quando não há local salubre na empresa e a gestação é considerada gravidez de risco, ensejando o pagamento de salário-maternidade durante todo o período.

Nessa toada, as disposições trazidas na CLT, através do artigo 611-A, mormente através de convenção coletiva do trabalho, sejam o viés necessário para se oxigenar empresas ainda com dificuldades e que possuam trabalhadoras gestantes em seu quadro funcionários, dando a proteção necessária que ambos merecem nesse momento.

Date Created

25/05/2021