



Opinião: Quem paga a conta do afastamento das gestantes

No último dia 10 de março, foi publicada a Lei nº 14.311/2022, que regulamenta o retorno ao trabalho presencial de gestantes afastadas em função da pandemia de Covid-19. Segundo a nova lei, estas trabalhadoras poderão voltar ao seu local de trabalho após sua vacinação completa contra o coronavírus ou mediante a assinatura de um termo de responsabilidade, para aquelas que decidirem não se vacinar. Vale notar, também, que o texto publicado pela Presidência da República contou com vetos relevantes ao projeto de lei aprovado pela Câmara dos Deputados, no que diz respeito ao custeio da remuneração



Aprovado pelo plenário da Câmara dos Deputados em

6/10/2021, o texto do projeto de lei foi encaminhado ao Senado Federal, que também o aprovou, com emendas, já na data de 16/12/2021, remetendo-o de volta à Câmara para análise das alterações. Em sequência, a Câmara rejeitou as revisões do Senado, no dia 16/2/2022, encaminhando para a Presidência da República o texto aprovado em outubro de 2021. Por fim, a sanção presidencial ocorreu — com vetos a alguns dispositivos — no dia 9/3/2022, com a lei entrando em vigor no dia seguinte, 10/3/2022, data de sua publicação.

A Lei nº 14.311/2022 altera a Lei nº 14.151/2021, que já disciplinava o trabalho a distância de empregadas gestantes. Antes da entrada em vigor da nova norma, a lei do ano de 2021 estabelecia que as empregadas gestantes deveriam permanecer afastadas do trabalho presencial durante a emergência de saúde pública causada pelo coronavírus, devendo, contudo, ficar disponíveis para, se possível, seguir desempenhando suas funções via trabalho a distância.



Determinava a Lei nº 14.151/2021, em sua redação original, que a remuneração devida à gestante não poderia ser suprimida durante o período de afastamento laboral. A continuidade do pagamento à gestante, no caso em tela, em valor correspondente ao da remuneração habitual, não tem natureza contraprestacional uma vez que, a depender de suas funções e atribuições, não há trabalho desempenhado. O objetivo da lei é o de resguardar a saúde das empregadas gestantes e dos respectivos bebês, sem que isso implique em sua demissão. Em homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana, a lei visou proporcionar um benefício securitário que propicie condições de sustento à gestante (e ao bebê) durante a crise sanitária. O afastamento da gestante do ambiente de trabalho e a continuidade do pagamento buscam garantir que a empregada não precise escolher entre se expor a riscos potencialmente gravosos à sua condição ou ter de parar de trabalhar com prejuízo ao seu sustento financeiro (conforme ao princípio da proteção ao emprego, nos termos do artigo 1º, III e IV, bem como artigo 6º da CRFB/1988). A medida (louvável) protege a maternidade, direito fundamental erigido pelo artigo 6º e artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988).

O que se observa é que a proteção à maternidade, especialmente à gestante, é um dever do Estado constitucionalmente atribuído à Previdência Social (artigo 201, II, CRFB/1988) e à Assistência Social (artigo 203, I, CRFB/1988), que deve ser assegurado a todas as brasileiras que se encontrem nessa situação, independentemente do pagamento de tributos previdenciários. Um dos mecanismos postos pela legislação federal para cumprimento desse dever estatal e para assegurar a proteção da maternidade, no âmbito do Regime Geral de Previdência Social, é o salário-maternidade.

O artigo 71 e seguintes da Lei nº 8.213/1991 garantem o afastamento da mãe por 120 dias, com a manutenção do pagamento de valor correspondente ao salário habitual. A lei tem por finalidade assegurar à mãe um período de dedicação ao seu/sua filho(a), proporcionando-lhe a segurança da manutenção de sua fonte de renda. Como ressabido, este é um efetivo benefício previdenciário, custeado por toda a sociedade.

Para além da proteção expressamente conferida pela CRFB/1988, os direitos da mulher gestante também são resguardados pela Organização Internacional do Trabalho (OIT). A Convenção 103, ratificada no Brasil pelo Decreto nº 10.088/2019, trata do amparo à maternidade e prevê, em seu artigo IV, item 8, que "*[e]m hipótese alguma, deve o empregador ser tido como pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas às mulheres que ele emprega*". Em outras palavras, o custeio relativo à proteção da gestante deve ser arcado por toda a sociedade e não apenas pelo empregador, para que, assim, se garanta a igualdade da mulher no acesso ao mercado de trabalho.

A nova medida implementada pela Lei nº 14.151/2021 tem os mesmos traços característicos do benefício previdenciário (mesma natureza jurídica), se assemelhando em tudo ao salário-maternidade. Assegurado tão somente às gestantes que não podem laborar, protegendo a mulher e o bebê, assume as características de um "salário-maternidade antecipado" legalmente previsto, tal como determinado pelo §3º do artigo 394-A da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT). Diante dos notórios riscos causados pela pandemia, que são reconhecidamente mais elevados para as grávidas, o afastamento das empregadas gestantes do ambiente de trabalho (quando este não puder ser desempenhado à distância) funciona como uma extensão da licença maternidade.



Nessas situações, impor a manutenção do pagamento de valor correspondente à remuneração da gestante representa a transferência, exclusivamente para o empregador, de um ônus que cabe à Previdência Social (dever de Estado) por expressa determinação da CRFB/1988. Há de se considerar também que o empregador precisa contratar outro colaborador para assumir as funções da empregada afastada, o que represente uma duplicação do ônus.

A lei não definiu expressamente a quem caberia a responsabilidade pelo pagamento desse benefício nos casos de impossibilidade do exercício da atividade laboral a distância. Entretanto, decisões já foram exaradas pelo Tribunal Regional da 4ª Região (TRF-4) e pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF-3) autorizando a compensação, como salário-maternidade, dos valores pagos às trabalhadoras gestantes afastadas, sob o entendimento de que estas verbas deveriam ser suportadas pelo Poder Público, e não pelo empregador, tendo em vista que têm natureza de benefício previdenciário.

Estas decisões foram as mais acertadas e constitucionalmente adequadas. Em 2021, o entendimento corretamente adotado em algumas manifestações do Judiciário foi o de que os benefícios instituídos pela Lei nº 14.151/2021 têm verdadeira natureza de salário-maternidade antecipado, ônus a ser suportado pela coletividade por força do princípio da solidariedade social – aplicando o mesmo fundamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal em outras oportunidades.

A propósito, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.938, que tratava da constitucionalidade de se condicionar o afastamento de gestantes de atividades insalubres à existência de atestado médico recomendando tal afastamento (artigo 394-A, CLT), o STF reconheceu, com acerto, que o salário-maternidade antecipado é ônus do INSS e não do empregador. De forma similar, a Receita Federal também se posicionou, por meio da Solução de Consulta nº 287, de 2019, a respeito do direito do contribuinte de compensar integralmente o salário-maternidade nos casos de afastamento por insalubridade do ambiente de trabalho, por configurar gravidez de risco.

Nesse contexto, o PL nº 2058/2021, que deu origem à lei publicada no dia 9/3/2022, também previa expressamente a substituição do pagamento de remuneração, que ocorreria às custas do empregador, pela concessão de salário-maternidade, custeado pelo Poder Público, nos casos em que for impossível o exercício da atividade laboral a distância. Indubitavelmente, a opção do legislador foi acertada. A adoção expressa do salário-maternidade como ferramenta para o custeio dos pagamentos às gestantes afastadas garante o direito social de proteção à maternidade, de forma a evitar que se acentue a desigualdade de gênero nos postos de trabalho.

Contudo, os trechos do projeto de lei que diziam respeito a essa substituição foram objeto de veto pelo presidente da República. Expondo as razões dos vetos, a Presidência afirmou que a proposição contraria o interesse público, ao supostamente aplicar de maneira indevida o auxílio-maternidade. Além disso, o Executivo também argumentou que haveria risco de aumentar sobremaneira as despesas vinculadas à seguridade social, colocando em risco a sustentabilidade da Previdência Social e violando, entre outros dispositivos constitucionais, a regra que veda o aumento de despesas sem identificação da fonte de custeio.



Analisando o veto presencial, pode-se identificar fortes equívocos na fundamentação empregada pela Presidência. O Poder Judiciário já havia proferido decisões, ao longo do último ano, em que se reconhecia que a concessão do salário-maternidade às gestantes afastadas é inarredável direito social destas trabalhadoras. Com isso, caem por terra os dois pilares de sustentação do veto presidencial: por um lado, não se pode falar de modo algum em aplicação indevida do salário-maternidade, pois a concessão deste, no caso em análise, representa justamente a efetivação de um direito das trabalhadoras gestantes. De outra margem, não ocorre criação ou ampliação de benefício, mas apenas sua concessão a quem, na legislação já em vigor, tem direito a esta ferramenta de proteção da maternidade.

Com o veto presidencial, a lei segue sem prever expressamente a quem incumbe o custeio da remuneração das gestantes que não puderem desempenhar suas funções de forma remota, indefinição que os dispositivos vetados visavam sanar. Entretanto, assim como foi feito por diversos segmentos no ano de 2021, a empresa que realizar os pagamentos deve buscar compensar, como salário-maternidade, os valores pagos a estas trabalhadoras. A lei continua sem definir expressamente sobre quem recai o ônus do pagamento das gestantes afastadas, entretanto, tal como já firmado pelo Poder Judiciário em algumas decisões em 2021, a verba prevista na Lei nº 14.151/2021 tem natureza de benefício previdenciário e, como tal, pode ser objeto de compensação pela empresa.

O INSS é quem deve arcar com o ônus desse benefício ante ao princípio da solidariedade que rege a Seguridade Social. O empregador atua somente como facilitador da obrigação devida pelo INSS, a quem verdadeiramente incumbe o encargo em questão, tal como acontece em geral com o salário-maternidade.

A possibilidade de compensação destes valores como salário-maternidade decorre da própria Constituição Federal. Como reconhecido pelo STF na ADI nº 5.938, em um ordenamento jurídico que se apoia em princípios constitucionais como o da solidariedade social, os custos da concretização de direitos sociais como o da proteção à maternidade devem recair não sobre o empregador, mas sim sobre toda a coletividade. Afinal de contas, não há dúvidas, em nosso ordenamento jurídico, de que financiar a Seguridade Social, seja direta ou indiretamente, é um dever coletivo.

Date Created

15/03/2022