

PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL (7) Nº 5012487-75.2021.4.03.6105 / 8ª Vara Federal de Campinas
AUTOR: PASTELARIA -----
Advogado do(a) AUTOR: IVAN LUIZ CASTRESE - SP250138
REU: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

DECISÃO

Trata-se de ação pelo procedimento comum com pedido de tutela de urgência proposta por **PASTELARIA -----** em face do **INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL** e da **UNIÃO FEDERAL** a fim de que possa afastar suas empregadas gestantes de suas atividades, para que possa solicitar os salários maternidade em favor das empregadas durante todo o período de emergência de saúde pública decorrente da COVID-19 e, ainda, para que possa compensar (deduzir) o valor dos salários maternidades pagos das contribuições sociais previdenciárias.

Relata que atua no ramo de alimentos, que suas



funcionárias são contratadas pelo regime celetista e que boa parte da sua equipe é formada por mulheres.

Consigna a autora que “*em 13.05.2021, foi publicada a Lei no 14.151, que, em síntese, dispõe acerca do afastamento da empregada gestante das atividades presenciais, devendo trabalhar a distância, sem prejuízo de sua remuneração, durante todo o período de emergência de saúde pública decorrente do novo Coronavírus (Covid19)*”.

Menciona que deve afastar suas empregadas gestantes, já que estas não podem exercer atividades à distância, devido à própria atividade, mas que a Lei nº 14.151/21 não estabeleceu a responsabilidade pelo pagamento da remuneração da empregada gestante e que não tem condições de arcar com o respectivo pagamento, inclusive por ter que contratar nova funcionária para o período.

Pela decisão ID111485988 este Juízo reservou-se para apreciar o pedido de tutela para após a oitiva prévia dos Réus.

Devidamente citados, o INSS (ID 111640389) e a União (ID111668369) apresentaram contestação.

O INSS arguiu, preliminarmente, ilegitimidade ativa e passiva. No mérito menciona a ausência de prova da impossibilidade do exercício das atividades de forma remota, online ou à distância e, no mérito, defende a improcedência da ação.

A União, por sua vez, defende a improcedência da ação,

É o relatório. Decido.

Afasto a preliminar de ilegitimidade ativa arguida



pelo INSS. O que se discute aqui, não é o salário maternidade como prestação devida à segurada, mas sim, o interesse jurídico do empregador que em decorrência de situação extraordinária – a pandemia covid-19, ter de arcar com ônus trabalhista novo e indevido, não equacionado pela legislação.

As diretrizes legislativas já se encontram traçadas em tratado internacional que o Brasil é signatário e constantes do Dec. 10.088/2019.

O empregador não pode dispensar a empregada gestante nessa circunstância também em razão da sua estabilidade com amparo constitucional, e se pretende prosseguir com sua atividade empresarial também protegida constitucionalmente, precisa arcar, ainda que temporariamente com esse ônus. O interesse aqui é portanto exclusivo do empregador que visa ser ressarcido dos custos decorrentes desse novo ônus que lhe foi imposto, no que resta evidenciado seu interesse processual.

A preliminar de ilegitimidade passiva arguida pelo INSS confunde-se com o mérito e com ele será apreciada.

No Mérito:

No presente caso, verifico provas suficientes dos pressupostos estatuídos no artigo 300 do NCPC, que ensejariam a concessão de antecipação da tutela pretendida, de caráter antecedente.

Nos lacônicos termos da Lei 14.151/2021, pretendeu-se preservar a saúde da gestante durante o advento da crise sanitária decorrente da pandemia de Coronavírus.

Estabeleceu a lei um afastamento compulsório da



empregada nessa situação, determinando que durante esse afastamento, não teria prejuízo de sua remuneração, e deveria permanecer à disposição do empregador para o exercício de outras atividades, por meio de teletrabalho, ou qualquer forma de trabalho remota. Com isto reforçou a proteção da mãe e do nascituro como prevê a Constituição Federal, no seu artigo 201, inc II, estabelecendo política pública inovadora e necessária, até que o controle sanitário da epidemia se implementasse, sem contudo apontar a data do término dessa política.

A lei nada mais disse sobre os ônus decorrentes desse afastamento, pelo que se pode imaginar que o legislador pretendeu transferi-lo ao empregador, e impondo a ele, forte ônus econômico que, por outro lado, importa em custo adicional e essencialmente oneroso, até por tratar-se do mesmo ambiente pandêmico, de segregação, afastamento e cuidados sanitários outros, que acabaram ainda por desacelerar a atividade econômica, chegando a inviabilizar algumas empresas, cujo modelo de negócio dependia da presença física de seus clientes e consumidores.

Com isto muitas empresas se viram na contingência de fechar ou ao menos, interromper sua atividade, até que as condições de saúde pública permitissem a retomada.

Nesse contexto é que se encontra a autora. Trata-se de empresa do ramo de alimentação (pastelaria) que fornece refeições ou produtos alimentícios frescos ou manipulados e preparados no local, e para tanto, depende de mão de obra presencial, não sendo possível que tais atividades sejam realizadas à distância do estabelecimento ou por teletrabalho.

Com isto, para cumprir a legislação trabalhista e não violar direito à estabilidade de suas empregadas, se vê a autora na circunstância de afastar as empregadas gestantes, a partir do momento em que tomar conhecimento desse fato e, se pretender prosseguir com sua



atividade econômica, precisa repor, ainda que temporariamente, essa mão de obra afastada para realizar aquelas atividades que precisam acontecer no seu estabelecimento.

Se para a empregada é um direito, manter-se resguardada do contato com outras pessoas, afastada de sua atividade, necessário também o cumprimento integral da legislação, que determina não haver prejuízo salarial nesse período, para o empregador, implica a superveniência de um pesado ônus.

Tal ônus, inclusive afronta tratado internacional do qual o Brasil é signatário, internalizadas [1] e compilada pelo Decreto 10.088/2019, que traça as linhas gerais da proteção ao trabalho da mulher, em especial o cuidado com a gestante. A partir do se artigo III, regula o afastamento da mulher nessa circunstância, afirmando no seu item 2, que será de, no mínimo, 12 semanas de afastamento. Além de dispor sobre os cuidados materiais com a gestante, no artigo VI a convenção assegura no item 1 que *“quando uma mulher se ausentar de seu trabalho em virtude dos dispositivos do artigo III acima [gestação], ela tem direito à prestações em espécie, além da assistência médica, regulando caber ao sistema do seguro social nacional, os ônus desse afastamento, itens 5 a 7 do mesmo artigo, e ao final, no item 8, a convenção assegura que “em hipótese alguma, deve o empregador ser tido como pessoalmente responsável pelos custos das prestações [decorrentes desse contexto] às mulheres que ele emprega”*.

Assim, mesmo não havendo previsão na lei de benefícios (Lei 8213) para o tipo afastamento ora discutido, é certo que caberá ao legislador refinar e detalhar como se dará a equação dos ônus decorrentes dessa situação que não pode recair sobre o empregador.

A regulação desse dever como empregador, portanto,



caberá à eventual lei específica, mas cuja falta, não pode impedir que se regule a situação que se apresenta, através da interpretação sistemática do já legislado.

Tome-se os arts. 393 e 394-A, inc I e o disposto na LINDB, Dec. 4657/42, artigos 20 e 21. A regra buscada aqui é a manutenção do afastamento compulsório das suas empregadas, sem ter de arcar com os ônus econômicos decorrentes.

Assim, a operacionalização desse ressarcimento deve dar-se por analogia ao previsto para o salário maternidade regular, em que o empregador faz o pagamento dos salários às empregadas afastadas e se compensa do fisco (União), abatendo os valores do montante das contribuições previdenciárias devidas.

É certo que a lei da previdência prevê apenas 120 dias de afastamento total em condições normais, mas no caso presente, a solução está na CLT. É que o ambiente laboral das atividades que demandam a presença do empregado e que não podem ser realizadas, portanto, de forma remota ou em teletrabalho, não é compatível com o estado de gravidez, oferecendo a gestante, risco desproporcional a si e ao nascituro, cuja proteção quis fosse total pelo constituinte.

Assim, a solução é de reconhecer-se que na situação atual da pandemia, e até que seja reconhecido seu fim pelas autoridades competentes, o ambiente de trabalho presencial em que a empregada tenha contato com outras pessoas, possíveis vetores de contaminação, deve ser reconhecido como insalubres no grau máximo, como previu o inc. I 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: (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

I - atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)



E a solução torna-se mais clara ainda na redação do § 3º do mesmo artigo:

*§ 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. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)*

Portanto, a anomia não é total e a legislação permite o arranjo para se acomodar os efeitos econômicos decorrentes do afastamento determinado pela Lei 14.151, dando cumprimento à convenção internacional (Dec 10.088) e à CLT, sem afrontar a legislação previdenciária vigente.

Ante o exposto **DEFIRO O PEDIDO DE TUTELA** para que a autora possa ressarcir-se, por compensação, dos valores que efetivamente despendeu com a remuneração das suas empregadas grávidas que não puderem exercer sua atividade trabalhista de maneira remota ou teletrabalho, seja por razões materiais da prestação devida ou condições outras, subtraindo-os dos valores devidos a título de contribuições previdenciárias, ainda que em períodos não coincidentes (entre o débito e o crédito), da mesma forma como já faz a compensação do salário maternidade ordinariamente pago.

Especifiquem as partes as provas que produzir, justificando detalhadamente sua pertinência, no prazo de 15 dias.

Intimem-se com urgência.

[1] Artigo III



1. Toda mulher a qual se aplica a presente convenção tem o direito, mediante exibição de um atestado médico que indica a data provável de seu parto, a uma licença de maternidade.
2. A duração dessa licença será de doze semanas, no mínimo; uma parte dessa licença será tirada, obrigatoriamente depois do parto.
3. A duração da licença tirada obrigatoriamente depois do parto será estipulada pela legislação nacional; não será, porém nunca inferior a seis semanas; o restante da licença total poderá ser tirado, segundo o que decidir a legislação nacional, seis antes da data provável do parto, seja após a data da expiração da licença obrigatória ou seja ainda uma parte antes da primeira destas datas e uma parte depois da segunda.
4. Quando o parto se dá depois da data presumida, a licença tirada anteriormente se acha automaticamente prorrogada até a data efetiva do parto e a duração da licença obrigatória depois do parto não deverá ser diminuída por esse motivo.
5. Em caso de doença confirmada por atestado médico como resultante da gravidez, a legislação nacional deve prever uma licença pré-natal suplementar cuja duração máxima pode ser estipulada pela autoridade competente.
6. Em caso de doença confirmada por atestado médico como corolário de parto, a mulher tem direito a uma prorrogação da licença após o parto cuja duração máxima pode ser estipulada pela autoridade competente.

Artigo IV

1. Quando uma mulher se ausentar de seu trabalho em virtude dos dispositivos do artigo três acima, ela tem direito a prestações em espécie e à assistência médica.
2. A percentagem das prestações em espécie será estipulada pela legislação nacional de maneira a ser suficientes para assegurar plenamente a subsistência da mulher e de seu filho em boas condições de higiene e segundo um padrão de vida apropriada.
3. A assistência médica abrangerá assistência pré-natal, assistência durante o parto e assistência após o parto prestado por parteira diplomada ou por médico, e bem assim a hospitalização quando for necessária; a livre escolha do médico e livre escolha entre um estabelecimento público ou privado serão respeitadas.
4. As prestações em espécie e a assistência médica serão concedidas quer nos moldes de um sistema de seguro obrigatório quer mediante pagamento efetuados por fundos públicos, em ambos os casos serão concedidos de pleno direito a todas as mulheres que preenchem as condições estipuladas.
5. As mulheres que não podem pretender, de direito, a quaisquer prestações, receberão apropriadas prestações pagas dos fundos de assistência pública, sob ressalva das condições relativas aos meios de existência prescritas pela referida assistência.
6. Quando as prestações em espécie fornecidas nos moldes de um sistema de seguro social obrigatório são estipuladas com base nos proventos anteriores; elas não poderão ser inferiores a dois terços dos proventos anteriores tomadas em consideração.
7. Toda contribuição devida nos moldes de um sistema de seguro social obrigatório que prevê a assistência à maternidade e toda taxa calculada na base dos salários pagos, que seria cobrada tendo em vista fornecer tais prestações, devem ser pagas de acordo com o número de homens e mulheres empregados nas empresas em apreço, sem distinção de sexo, sejam pagas pelos empregadores ou, conjuntamente, pelos empregadores e empregados.
8. Em hipótese alguma, deve o empregador ser tido como pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas às mulheres que ele emprega.

CAMPINAS, 26 de setembro de 2021.

