

## **Afastamento da gestante na lei 14.151/21e sua compatibilidade com as MPs 1.045 e 1.046 de 21.**

### **1) Contexto e noções preliminares**

Em um momento de dificuldades econômicas e desgaste gerado pela ocorrência da pandemia decorrente do coronavírus e das medidas sanitárias restritivas, toda e qualquer alteração normativa, em especial as que impactam financeiramente, gera um ambiente de debate intenso.

As normas deste período pandêmico, não raro açodadas, pela pressa legislante contêm uma série de imperfeições, atecnias, antinomias, lacunas. Para além disto, a sucessão de regras novas, por vezes, gera debates de compatibilidade entre as normas postas. A expressão de ideias e teses representam um tatear o escuro, esforço intelectual necessário à evolução do Direito. Estas poderão ser confirmadas/acatadas ou não com o transcurso do tempo e maturidade dos debates e discussões, bem como pela atuação jurisdicional.

Decerto não há quem discuta a fundamentalidade da maternidade e da proteção à empregada gestante, mormente quando a tutela constitucional e o texto celetista resguardam a condição gestacional. Toda esta teia protetiva representa a célula da nossa sociedade, a família e sua renovação e preservação de nossa espécie. E mais, considerando que a pandemia ganhou maior dimensão em meados de março de 2020 e meses subsequentes, a proteção veio tardiamente e sem qualquer auxílio nos impactos financeiros.

Impende o registro que a maternidade tem caráter plurilateral e *nenhum ordenamento deveria atribuir o ônus dos salários do período de afastamento para o nascimento da criança unicamente ao empregador, pois a demografia é assunto social, e não individual daquela gestante e daquele empregador*<sup>1</sup>.

### **2) O afastamento da empregada gestante, compreensão do texto da lei**

A Lei 14.151/2021, dotada apenas de dois artigos, foi publicada pouco depois das Medidas Provisórias (MPs) 1.045 e 1.046. Estas últimas representaram uma nova roupagem das MPs 927 e 936, trazendo novo fôlego à atividade empresarial com alternativas mais

---

<sup>1</sup> BATISTA, Homero. **CLT comentada**. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2021, p. 401.

flexíveis de gestão da força de trabalho diante das medidas restritivas de funcionamento das empresas e regras sanitárias governamentais.

Vejamos o que diz o texto da lei 14.151/2021:

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 a distância.

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

O afastamento compulsório da gestante, garantida sua remuneração, não representa uma licença remunerada. A legislação é cristalina ao colocar a empregada gestante à disposição do empregador para executar seu labor não presencial (por meio de teletrabalho, trabalho remoto ou outra forma de trabalho a distância). O legislador não dispensou, na Lei 14.151/2021, a empregada gestante das obrigações laborais.

Outro aspecto fundamental, sobre a norma, consiste na garantia/direito da gestante receber a sua remuneração, mesmo afastada. Como a lei não contém palavras inúteis, regra de ouro da hermenêutica/interpretação, a garantia foi de remuneração e não de salário. A remuneração compreende o salário e gorjetas. E fazem parte do salário as gratificações legais e as comissões pagas pelo empregador, nos termos do art. 457 da Consolidação das Leis do Trabalho.

A lei é compulsória para o empregadore, que recebeu a incumbência/dever jurídico de afastar sua empregada gestante do trabalho presencial. Ainda que esta prefira ou tenha mais interesse em permanecer prestando serviços na empresa, não poderá dispor deste direito (princípio da indisponibilidade/irrenunciabilidade de direitos trabalhistas<sup>2</sup>), pois o legislador impôs uma obrigação e não uma opção. A disposição legal preconiza “a empregada gestante deverá permanecer afastada das atividades de trabalho”, caso fosse opcional, o legislador teria empregado o “poderá” ao invés do “deverá”.

A legislação não faz distinção de tipo de empregada, sendo perfeitamente aplicável às empregadas domésticas e rurais que estejam gestantes, como também se aplica às

---

<sup>2</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17ª ed. São Paulo: LTR, 2018, p. 235.

empregadas avulsas por força de disposição constitucional. A norma também incide sobre as empregadas públicas. A lei, contudo, não se aplica às gestantes estatutárias, pois para elas o regime jurídico demanda uma lei específica.

A forma/tipo de contratação não interfere neste direito, seja o contrato indeterminado, determinado, experiência ou avulso, ainda assim, a gestante empregada tem direito ao afastamento. Por razoável, a discussão se este direito permanece até o contrato a termo findar ou se o prorroga artificialmente mistura-se com o direito à estabilidade gestante e segue as mesmas diretrizes.

Como a vacina (imunizante) não é garantia de proteção integral, a *mens legis*<sup>3</sup> foi no sentido de proteger a gestante da contaminação decorrente da exposição no trabalho, ainda que vacinada. O afastamento cessa, tão somente, em havendo aborto ou nascimento, pois, após a licença maternidade, deve a empregada retornar ao labor (presencial).

As consequências de descumprir a norma são de três naturezas: 1) receber uma penalidade administrativa decorrente da fiscalização do trabalho; 2) o Ministério Público do Trabalho abrir procedimento e depois ingressar judicialmente buscando impor o cumprimento legal e a fixação de dano moral coletivo; 3) a própria empregada gestante ajuizar uma ação para garantir o direito ao afastamento ou diante do descumprimento, da situação concreta, inclusive pedir reparação de dano moral, conduta discriminatória, e rescisão indireta com pagamento do período estável.

O cenário de descumprimento deliberado da norma posta, então, descortina-se como de alto risco e de passivo cuja mensuração é casuística e sem precedentes judiciais. Isto, sem abordar a questão social de manter uma empregada gestante exposta a uma doença cujas consequências gestacionais ainda são desconhecidas. O valor indenizatório pode ser vultoso.

### **3) E se as atividades da gestante não puderem ser feitas de outro modo que o presencial?**

A grande questão é nas hipóteses em que o trabalho não pode pela empregada gestante afastada. Afinal, nenhum empregador – neste momento em especial – recebe mais ônus financeiro com satisfação. E, como a grande maioria das empresas brasileiras tem até 5

---

<sup>3</sup> Em uma tradução livre traria como significado a vontade do legislador, a intenção quando da criação da norma.

(cinco) empregados, qualquer afastamento gera prejuízo no andamento dos trabalhos e impacta no resultado da empresa.

Um dos panos de fundo, relevantes para a questão, é que há possibilidade de outros afastamentos, pois a suspeita de contaminação pelo coronavírus – ainda que sem exame confirmatório – implica em afastamento e isolamento de outros empregados. Este afastamento (também remunerado, pois é falta justificada) pode durar por vários dias, metade de um mês até. Isto implica em um caos administrativo-empresarial e impacto ao faturamento das já combalidas empresas.

A rigor da aplicação dos princípios trabalhistas, principalmente o princípio da proteção, aplica-se a norma mais favorável aos interesses do empregado. Assim, do conflito entre normas, a opção deve ser a norma que garanta ao empregado a melhor situação jurídica<sup>4</sup>, sem que isto implique acumular vantagens de normas diversas (o que implicaria em criação de uma lei inexistente). Diante disto, a Lei 14.151/2021 é a norma mais favorável, autorizada sua compatibilização – exclusivamente – com as demais normas existentes.

O empregador, cujas empregadas gestantes executem funções incompatíveis com o exercício funcional presencial, em tese, poderia alterar (unilateralmente) a função das mesmas (art. 392, § 4º, I, da CLT) para tornar viável o trabalho não presencial. Todavia, esta solução, com a devida vênia, advém de uma interpretação, questionável, do dispositivo legal.

O art. 392 da CLT, assim preconiza no § 4º *É garantido à empregada, durante a gravidez, sem prejuízo do salário e demais direitos. I - transferência de função, quando as condições de saúde o exigirem, assegurada a retomada da função anteriormente exercida, logo após o retorno ao trabalho.* Este é um direito de titularidade da gestante, quando a saúde da mesma exigir, não do empregador.

É possível que seja considerada razoável a utilização do dispositivo, mas há uma margem contrária relevante. Os que forem entusiastas desta via, certamente, poderão enfrentar reclamações trabalhistas com pedido de desvio de função, alteração ilícita do contrato de trabalho, indenizatórias por discriminação e até equiparações salariais.

A mesma conclusão de risco elevado é afastar pelo INSS a empregada gestante por interpretação analógica do Art. 394-A da CLT. Este entendimento padece de fundamento estrutural, pois depende de a autarquia previdenciária aquiescer ou, havendo negativa, que o

---

<sup>4</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17ª ed. São Paulo: LTR, 2018, p. 232 e ss.

Judiciário aprecie a questão e entenda pela viabilidade desta interpretação ao caso concreto. Ora, equiparar o risco de contágio do COVID 19 com a ocorrência de insalubridade no local e trabalho é um grande desafio, principalmente por abrir precedente perigoso para outras doenças infecto contagiosas, vale lembrar que nem sequer a catapora foi erradicada no Brasil.

A autarquia previdenciária, decerto, vai indeferir este pleito, pois não há norma que ampare. Restará, então, a busca do Judiciário. E de quem seria a obrigação de obter tutela jurídica nesta situação? Do empregador que entende pelo afastamento sob este fundamento ou da empregada gestante lesada? A empregada ficará sem nenhuma remuneração enquanto se discute tese de interesse do empregador? E o limbo remuneratório durante esta discussão? O empregador pode até estar disposto a tentar reaver o “prejuízo” com o afastamento da empregada gestante em face do INSS, porém não pode e nem deve arrastar a empregada gestante nesta empreitada, devendo pagar sua remuneração e buscar compensação posterior. A estrada dos que adotarem esta via revela-se sinuosa e com chegada inesperada. Além disto, depende da aceitação de uma analogia, com a devida vênia, um tanto quanto forçada.

Então, o que fazer diante da impossibilidade de trabalho não presencial da empregada gestante? A resposta é simples e decorre do que está, claramente, previsto na lei, afastá-la e pagar normalmente, ainda que ela não preste qualquer serviço. Trata-se, portanto, de uma interrupção contratual *sui generis* quando não for possível laborar.

Há, também, a questão da empregada doméstica gestante que coabita com seus empregadores. Cujo afastamento, simplesmente, não tem espaço fático de viabilidade. Esta situação, comum, certamente implicará em inexistência de qualquer penalidade, posto descabida. Contudo, se o empregador forçar ou forjar a moradia da empregada doméstica gestante, com vistas a impedir ou fraudar a aplicação da lei trabalhista e não afastá-la das atividades, há um dolo claro, certamente reprimido pela via indenizatória.

**4) Existe alguma outra opção para o empregador minimizar ou atenuar o custo financeiro de afastar a empregada gestante (sendo impossível o trabalho não presencial)?**

Este questionamento dirige-se à possibilidade de aplicação das alternativas previstas nas medidas provisórias. As medidas provisórias, anteriores à lei 14.151/2021, estão vigentes, não há nenhuma norma jurídica que vede seu uso. Desta forma, regra geral, está autorizado o uso da norma. Como o legislador já conhecia as medidas provisórias antes de aprovar a Lei

14.151/2021. Desta forma, se quisesse vedar sua aplicação à gestante, tê-lo-ia feito. Contudo, há que compatibilizar a medida provisória em que se tenciona aplicar com a Lei 14.151/2021, sem maculá-la, pois se trata de norma específica que prevalece sobre a norma geral (medidas provisórias).

A compatibilização das medidas provisórias com a Lei 14.151/2021 depende de 2 (dois) aspectos fundamentais: o direito ao afastamento da atividade presencial e o direito ao recebimento remuneratório, independente de ser possível ou não prestar serviços.

Há inúmeras situações em que não há como o labor deixar de ser presencial: balconista, frentista, doméstica (pelo menos em parte, impossível), caixa, entregadora, massagista, jardineira, cuidadora, etc.

Analisemos, então, ideias sobre esta compatibilidade.

#### **4.1) Suspensão contratual (Medida Provisória 1.045/2021)**

Independente de qualquer discussão de compatibilidade, as empregadas gestantes com contratos suspensos antes do dia 13/05/2021, marco de início de validade da Lei 14.151/2021, continuaram com o contrato suspenso até a data fixada para tal, pois o ato jurídico perfeito<sup>5</sup>, previsto na Constituição Federal de 1988, não se altera por lei posterior. O ponto de grande debate e discussão reside na possibilidade da suspensão contratual da empregada gestante após o dia 13/05/2021.

A suspensão de contrato que deriva de acordo das partes e tem como consequência financeira uma redução remuneratória (na maioria dos casos), pois o valor pago pelo empregador somado ao valor do benefício, por vezes, é inferior à remuneração normalmente percebida. Desta forma, para que se adote a suspensão, resguardado o respeito à Lei 14.151/2021, deverá o empregador completar a diferença entre o valor recebido na suspensão e a remuneração normal da empregada gestante. Este seria, sem dúvida, a menos lesiva adoção da medida suspensiva.

Há uma tese sobre se a aceitação da suspensão, existindo o direito de afastamento remunerado (ainda que não seja possível o trabalho não presencial), não seria uma renúncia à diferença de remuneração. A aceitação judicial deste viés, decerto, é improvável. Não há motivo ou interesse de a empregada optar por receber valor inferior, quando a lei lhe confere

---

<sup>5</sup> Constituição Federal 1988. **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: **XXXVI** - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

o direito ao pagamento integral. Ademais, o indicativo de coação sobressai. Por derradeiro, há o flagrante desrespeito ao conteúdo da Lei 14.151/2021.

Sobre esta questão, pende o questionamento se o direito à remuneração integral abrange sobre o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e contribuições previdenciárias. Esta dúvida ganha espaço pela inexistência de FGTS e contribuições durante a suspensão. Para avaliar a compatibilidade ou coexistência pacífica entre a suspensão contratual e a Lei 14.151/2021 é preciso garantir a remuneração integral. Para tanto, abraçamos o entendimento de que o FGTS e contribuição previdenciária estão contidos na obrigação de complementação remuneratória complementar a ser feita pelo empregador.

A suspensão contratual com pagamento da diferença remuneratória, nos termos acima explicitados, não gera qualquer lesão financeira à empregada gestante, então, ausente até mesmo o interesse de agir numa eventual reclamatória trabalhista. O benefício, neste caso, é exclusivo do empregador, pois parte do custo será assumido pelo Estado.

#### **4.2) Banco de horas negativo (Medida Provisória 1.046/2021)**

O banco de horas negativo consiste em contabilizar horas não trabalhadas, pagando normalmente a remuneração do empregado, gerando o direito de o empregador exigir estas horas contabilizadas, em até 18 (dezoito) meses, em labor além da jornada normal do empregado, limitado a 2 (duas) horas diárias – sem pagamento das mesmas.

A Lei 14.151/2021 não criou um afastamento remunerado sem labor, esta hipótese é excetiva. Logo, não há direito de a gestante não trabalhar. Em assim sendo, as horas de labor durante o afastamento (sendo impossível o trabalho não presencial) são devidas ao empregador. Afinal, havendo como trabalhar de forma não presencial, a gestante está obrigada a prestar serviços.

Noutra banda, o banco de horas negativo garante o pagamento remuneratório normal, não alterando ou amesquinhando a perspectiva remuneratória da Lei 14.151/2021.

A compatibilidade e respeito à Lei 14.151/2021, diante do exposto, é ainda superior à suspensão contratual, pois ambos atos normativos aplicam-se sem a necessidade de qualquer diferenciação.

#### **4.3) Antecipação de férias (Medida Provisória 1.046/2021)**

A antecipação de férias para as gestantes em que é impossível trabalho não presencial sob análise de compatibilidade satisfazem aos critérios da Lei 14.151/2021. Esta é

uma alternativa cujo uso depende de ato unilateral do empregador, pois basta a comunicação ao empregado.

Analisemos, então, a compatibilidade. Ao critério de manter a gestante afastada do trabalho presencial, o gozo de férias garante satisfação. E, também, ao critério da manutenção da remuneração integral, pois nesta possibilidade apenas o terço de férias poderá ficar pendente pagamento, nos termos da Medida Provisória.

Vale recordar que a MP 1.046, art. 5º, § 3º: *Os trabalhadores que pertençam ao grupo de risco do coronavírus (covid-19) serão priorizados para o gozo de férias, individuais ou coletivas, nos termos do disposto neste Capítulo e no Capítulo IV.* Poder-se-ia entender, inclusive, que esta opção tem preferência sobre as demais em se tratando de gestante com impossibilidade de trabalho não presencial.

Em uma interpretação sistemática e gramatical, uma vez que o art. 5º, II, utiliza a expressão “o período aquisitivo” e não “os períodos aquisitivos”, poderá ser antecipada apenas uma férias (ainda que incompleto o período aquisitivo). Ademais disto, o § 2º versa sobre a possibilidade de negociação, individual, da antecipação de mais períodos aquisitivos, o que denota ainda mais a ideia de que o adiantamento é unitário.

Por questões de as férias serem norma de saúde e segurança, voltadas ao repouso necessário para recuperação física do empregado, não recomendamos a antecipação de vários períodos aquisitivos. A possibilidade disto ser considerado abuso de direito existe, pelo que a opção legal deve ser utilizada com bom senso e parcimônia.

A mesma análise vale para inserir a gestante, que não puder exercer trabalho não presencial, nas férias coletivas concedidas por ocasião da pandemia.

#### **4.4) Aproveitamento e antecipação de feriados (Medida Provisória 1.046/2021)**

A opção de antecipar feriados nacionais, estaduais, municipais sejam eles civis ou religiosos, prevista na MP 1.046, embora represente poucos dias, mostra-se viável. Esta é uma alternativa cujo uso depende de ato unilateral do empregador, pois basta a comunicação ao empregado.

O mesmo raciocínio da antecipação de férias serve para a antecipação de feriados, pois não haverá trabalho presencial e será preservada a remuneração da gestante.

O único ponto mais nevrálgico é se os feriados dos anos subsequentes podem ser antecipados. A recomendação de que não se antecipe feriados de anos vindouros parece-os a mais adequada, pois feriado é repouso e, portanto, norma de saúde e segurança. A



possibilidade da antecipação de feriados de anos futuros ser considerada abuso de direito é real. Assim, o ideal é antecipar unicamente os feriados do ano corrente (2021).

#### **4.5) Teletrabalho (MP 1.046) e Redução de jornada e salário (MP 1.045)**

O teletrabalho está inserido como opção para a gestante empregada na Lei 14.151/2021. Por este motivo, a viabilidade não precisa ser debatida.

A redução de jornada e salário talvez seja, dentre todas as previsões normativas tratadas, a mais tormentosa.

A redução de jornada não implica em afastamento, sendo a medida insatisfatória frente à primeira exigência da Lei 14.151/2021. A redução salarial, também, agride a Lei 14.151/2021, pois a remuneração não estará sendo mantida. Há, então, uma incompatibilidade larga.

Aos empregadores que já tiverem aplicado a redução de jornada e salário às empregadas gestantes nada mais fizeram do que se utilizar de um dispositivo legal vigente, sendo um ato jurídico perfeito. Desta forma, deve ser cumprida a redução de jornada e salário até o termo final ajustado, vedada prorrogações ou novas aplicações.

#### **5) Considerações finais**

A Lei 14.151/2021 foi recebida, do ponto de vista social e de proteção aos direitos fundamentais, com pouco entusiasmo, eis que retardatária. Já, para o contexto empresarial, o clima é tenso e há preocupação com o impacto financeiro, uma vez que a norma trouxe a perspectiva de que o custo dos afastamentos ou de ter que viabilizar trabalho não presencial é do empregador (risco da atividade econômica).

Estas linhas foram escritas como instrumento de colaboração à busca de soluções jurídicas adequadas que pugnem pela coexistência e compatibilidade da nova lei e das medidas provisórias vigentes. De igual forma, a análise está imbuída com espírito colaborativo para com os colegas advogados, empregados e empregadores e, também, contribuição ao debate sobre a temática.

As ideias e opiniões, expressas no texto, ainda não perpassaram pelo crivo do exercício prático, tampouco pela análise judicial. O acato ou rechaço das análises e posições sobre a compatibilidade é questão que será aclarada apenas quando o Judiciário for provocado e se manifestar, em todas as suas instâncias.

Há um risco na adoção de alguns caminhos que só o contexto individual de cada empresa/gestor enfrentará, recebendo os bônus e assumindo os ônus da escolha adotada.

#### Referências bibliográficas

BRASIL, Constituição Federal (1988), Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 15 de mai. 2021.

BRASIL, Consolidação das Leis do Trabalho (1943), Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em 15 de mai. 2021.

BRASIL, Lei 14.151/2021 (2021), Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.151-de-12-de-maio-de-2021-319573910>. Acesso em 15 de mai. 2021.

BRASIL, Medida Provisória 1.045 (2021), Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-1.045-de-27-de-abril-de-2021-316257308>. Acesso em 15 de mai. 2021.

BRASIL, Medida Provisória 1.046 (2021), Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-1.046-de-27-de-abril-de-2021-316265470>. Acesso em 15 de mai. 2021.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17<sup>a</sup> ed. São Paulo: LTR, 2018.

CORREIA, Henrique. **Curso de Direito do Trabalho**. 6<sup>a</sup> ed. Salvador: JusPodium, 2021.

BATISTA, Homero. **CLT comentada**. 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2021.