

Judicial review: a atuação do Poder Judiciário diante da Lei 14.151/2021 que afastou as gestantes do trabalho presencial durante a pandemia

Judicial review: the judiciary's performance before the law 14.151/2021 that removed pregnant women from in-person work during the pandemic

Marco Aurélio Serau Junior¹
Isabel Ceccon Iantas²

Resumo: A pandemia de COVID-19 trouxe a necessidade de reconfiguração do mundo do trabalho, a fim de adequá-lo às novas necessidades decorrentes da crise sanitária, sem que ocorresse a paralisação total das atividades laborativas. Dentre as alternativas legisladas, a Lei n. 14.151/2021 impôs o afastamento imediato das mulheres gestantes das atividades presenciais, sem prejuízo de sua remuneração. Tendo em vista as diversas lacunas deixadas por esta norma, o Poder Judiciário foi provocado a rever determinados pontos. Dessa forma, em um primeiro momento, analisam-se as leis de caráter emergencial para contextualizar a urgência de criação de proteções à classe trabalhadora diante da pandemia. Em seguida, através de levantamento bibliográfico-documental, reuniram-se decisões judiciais que debatem os efeitos da Lei n. 14.151/2021 e, posteriormente, as soluções trazidas pela Lei n. 14.311/2022. Assim, por meio da metodologia analítico-argumentativo, demonstram-se os posicionamentos do Poder Judiciário diante da aplicabilidade da nova legislação. Por fim, debate-se o instituto *judicial review* dentro do contexto de jurisprudência de crise criada em razão da pandemia.

Palavras-chave: Pandemia. Gestantes. Lei 14.151/2021. *Judicial review*. Jurisprudência de crise.

Abstract: the COVID-19 pandemic brought the need to reconfigure the world of work, in order to adapt it to the new needs arising from the health crisis, without the total stoppage of work activities. Among the legislated alternatives, the Law 14,151/2021 imposed the immediate removal of pregnant women from face-to-face activities, without prejudice to their remuneration. In view of the various gaps left by this rule, the Judiciary was provoked to review certain points. Thus, at first, emergency laws are analyzed to contextualize the urgency of creating protections for the working class in the face of the pandemic. Then, through a bibliographic-

1 Professor da UFPR - Universidade Federal do Paraná, nas áreas de Direito do Trabalho e Previdenciário. Doutor e Mestre em Direitos Humanos (USP). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3904-1315>

2 Graduanda de Direito na Universidade Federal do Paraná (UFPR). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3255-8431>

documentary survey, judicial decisions were gathered that debate the effects of Law 14,151/2021 and, later, the solutions brought by Law 14,311/2022. Therefore, through the analytical-argumentative methodology, the positions of the Judiciary are demonstrated in face of the applicability of the new legislation. Finally, the judicial review institute is debated within the context of crisis jurisprudence created due to the pandemic.

Keywords: Pandemic. Pregnant women. Law 14.151/2021. Judicial review. Crisis jurisprudence

1. Introdução

A pandemia de COVID-19 trouxe a necessidade de reconfiguração do direito do trabalho diante da realidade de alta contaminação, limitação da execução de serviços e declarações de quarentena e isolamento social. Apesar de alguns serviços conseguirem se adequar ao trabalho remoto, a maioria ainda exige a presencialidade, tanto em decorrência do serviço ser executado necessariamente no local da empresa quanto quando se dá a essencialidade deste para a sociedade.

Ao longo desse mais de um ano de crise sanitária, o governo federal editou medidas provisórias e sancionou legislações na tentativa de regulamentar a execução do trabalho ou a sua eventual suspensão e fornecimento de auxílios financeiros. Visando a proteção das gestantes, consideradas grupo de risco, foi editada a Lei n. 14.151/2021, determinando o seu afastamento das atividades presenciais, sem prejuízo de sua remuneração.

A nova legislação, principalmente em razão de sua brevidade, possuindo apenas 2 curtos artigos, abriu margem para polêmicas interpretativas capazes de minar a sua real efetividade. Nesse sentido, temas como a responsabilidade do pagamento da remuneração, mesmo sem o efetivo exercício do serviço, e da aplicabilidade das demais normas emergenciais para as gestantes, foram levados às Cortes para revisão. Através do *judicial*

*review*³, o Poder Judiciário foi provocado a rever as disposições desta lei, reinterpretando e solucionando demandas tanto da classe trabalhadora quanto do campo empresarial. Quase um ano após a vigência da Lei n. 14.151/2021, promulgou-se a Lei n. 14.311/2022, que solucionou algumas das lacunas e previu o retorno das gestantes trabalhadoras já totalmente imunizadas contra o vírus.

Em um primeiro momento, serão analisadas as leis de caráter emergencial que foram editadas para controlar os efeitos da crise sanitária, com a finalidade de expor o contexto de criação de proteções à classe trabalhadora. Em seguida, através de levantamento bibliográfico-documental, reunindo-se decisões judiciais que debateram os efeitos da Lei n. 14.151/2021, utilizam-se os métodos analítico e argumentativo para demonstrar os posicionamentos do Poder Judiciário diante da aplicabilidade da legislação. Faz-se um contraponto entre esta e a lei que a seguiu (Lei n. 14.311/2022) para demonstrar as soluções legislativas tomadas para suprir os efeitos da primeira. Por fim, debate-se o instituto *judicial review* dentro do contexto de jurisprudência de crise criada em razão da pandemia.

2. Legislação emergencial e jurisprudência de exceção

Com a chegada da crise sanitária decorrente da pandemia de COVID-19 no Brasil, os governantes foram pressionados a editarem medidas, de cunho emergencial, para definir as relações jurídicas durante este período. Ao mesmo tempo, o Poder Judiciário foi provocado para avaliar, rever e posicionar-se a respeito das legislações ou omissões legislativas. Dessa forma, formou-se um corpo de legislações de cunho emergencial e entendimentos jurisprudenciais tidos como “de exceção”, por aplicarem-se em razão do

3 *Judicial Review*, ou revisão judicial, é o nome dado para a revisão da “validez das normas legais e administrativas” (LOIS; MARQUES, 2013, p. 124).

contexto pandêmico, que devem ser analisados de forma conjunta (TRINDADE, 2021, p. 615).

Por meio do Decreto Legislativo 6/2020, de 20 de março de 2020, foi decretado estado de calamidade pública no Brasil até dezembro do mesmo ano. Diante disso, foram editadas também as Medidas Provisórias n. 927 e 936, ambas de 2020, determinando medidas para a continuidade do serviço durante a pandemia e criando um auxílio emergencial, para ajuda financeira mensal.

Essas medidas tiveram como objetivo regular o trabalho, oferecendo alternativas para os empregadores, como a adoção flexibilizada do teletrabalho, a suspensão dos contratos de trabalho ou a diminuição da jornada e do salário, com o auxílio financeiro emergencial do governo para garantir a sobrevivência da classe trabalhadora. Todas as alterações, todavia, poderiam ser realizadas através de acordo individual, sem a assistência do sindicato da categoria.

A negociação individual foi introduzida nas relações de trabalho com a contrarreforma trabalhista, no parágrafo único, do art. 444, da CLT⁴, que instituiu o trabalhador hiperssuficiente. Assim, trabalhadores(as) com ensino superior completo e que percebam salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social podem negociar sozinhos, sem a obrigatoriedade de presença da entidade sindical. Com a Medida Provisória n. 927/2020, durante a pandemia, a hipótese de negociação individual foi ampliada para toda a classe trabalhadora.

Ao ser provocado a analisar a inconstitucionalidade, através da ADI n. 6.363, em um primeiro momento, o Ministro Lewandowski decidiu,

4 Art. 444. Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o caput deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. (BRASIL, 1943)

liminarmente, pela necessidade de manifestação do sindicato da categoria, para que haja validade na negociação individual. Apesar da decisão protetiva, o Tribunal Pleno do STF, em Sessão Extraordinária, decidiu por maioria dos votos negar provimento à medida cautelar, indeferindo-a. Assim, voltou-se a permitir a negociação individual nos termos da Medida Provisória.

A posição do Supremo Tribunal Federal foi pautada no entrave que a medida liminar poderia causar nas alterações dos contratos de trabalho durante a crise sanitária. A relativização de preceitos constitucionais, decidindo-se em favor da flexibilização de normas e garantias trabalhistas, foi baseada na perspectiva que Gilmar Mendes chamou de “jurisprudência de crise” (MENDES, 2020).

Ambas as Medidas Provisórias caducaram em decorrência da inércia do poder público e tiveram sua validade conferida até dezembro de 2020, quando se encerraram os efeitos do estado de emergência decretado. Apenas em abril de 2021, com a pressão da sociedade, o governo federal editou novamente duas novas MPs, n. 1.045 e 1.046, regulamentando nos mesmos termos das antigas – todavia, agora, sem a previsão de negociação individual.

Desde o início da pandemia, no começo de 2020, diversos trabalhadores e trabalhadoras tiveram seu serviço transferido para o modelo *home-office* (YEUNG, 2020). Todavia, a possibilidade de trabalhar dentro de casa tornou-se um privilégio de poucos, tendo em vista o número de trabalhos essenciais, que continuaram funcionando normalmente, os trabalhos informais e aqueles que só podem ser executados nas ruas ou no próprio estabelecimento do empregador (PAIXÃO; SCHAEFER, 2020, p. 282).

Para aqueles(as) trabalhadores(as) que não possuem a possibilidade de aderir ao teletrabalho e que, todavia, o local de trabalho foi fechado durante a pandemia, seja em razão de medidas sanitárias adotadas pelo poder público ou devido à opção do empregador em manter o estabelecimento fechado, a opção foi a suspensão de seus contratos de trabalho.

As alternativas de suspensão do contrato de trabalho e de diminuição do salário, trazidas pelas medidas provisórias tratadas acima, são adotadas pelo empresariado em conjunto com a política do governo federal de oferecer o auxílio emergencial. Dessa forma, a inscrição do(a) trabalhador(a) neste benefício é o que garante a sua manutenção financeira, visto que continua recebendo um determinado valor em dinheiro mensalmente⁵.

As medidas adotadas pelo governo estão, até então, muito alinhadas ao objetivo de desonerar o empresariado, flexibilizando proteções trabalhistas e, muitas vezes, abandonando o trabalhador e a trabalhadora à mercê das imposições empresariais.

A demora em oferecer vacina à população e garantir um controle mínimo da situação pandêmica fizeram com que o cenário de insegurança dentro das relações de trabalho se mantivesse. Dessa forma, os governos estaduais e municipais adotaram diuturnamente medidas sobre fechamento e reabertura do comércios e estabelecimentos, com base no aumento ou diminuição de casos, mortes, vagas em UTIs. Assim, parcela da classe trabalhadora permaneceu trabalhando presencialmente, possivelmente exposta ao contágio de COVID-19.

Em 12 de maio de 2021, visando dar tratamento especial para as trabalhadoras que se encontram grávidas, que, inclusive, encontram-se no grupo de risco da doença pandêmica, foi sancionada a Lei n. 14.151/2021. Essa lei passou a determinar o afastamento das gestantes das atividades presenciais, porquanto perdurar a crise sanitária da COVID-19. Dessa forma, dois cenários foram oferecidos: a transferência do labor dessas trabalhadoras para o modelo *home-office* ou o seu afastamento do trabalho, todavia com a manutenção de sua remuneração.

5 Cumpre salientar que a MP n° 936/2020, em um primeiro momento da pandemia de COVID-19, previa o recebimento de R\$ 600,00 mensais, para o sustento das famílias desempregadas, que exerciam trabalho informal ou que tiveram seu contrato suspenso. A nova Medida Provisória, de n° 1.045/2021, diminuiu drasticamente o valor do benefício emergencial oferecido pelo governo, que passou a ser de R\$ 150,00 mensais (DOCA, 2021).

As omissões e controvérsias da nova lei causaram inconformismo tanto para a classe trabalhadora quanto para o empresariado, recaindo sobre o Poder Judiciário a responsabilidade de posicionar-se. Apenas em 09 de março de 2022, foi promulgada a Lei n. 14.311/2022, que buscou solucionar as lacunas da antiga lei, adotando parte dos entendimentos trazidos pela jurisprudência.

3. Omissões da Lei 14.151/2021 e a atuação do poder judiciário

A Lei n. 14.151/2021 conferiu proteção especial às trabalhadoras gestantes ao determinar seu afastamento das atividades presenciais, seja com a adoção do modelo de teletrabalho ou pelo simples afastamento com a manutenção de sua remuneração mensal. Essa medida é de suma importância para garantir a segurança das mulheres e de seus filhos, em razão da alta taxa de contágio e do aumento constante nos casos de infecção pelo vírus (TRINDADE, 2021, p. 614).

O caráter protetivo desta legislação é evidente, vez que afasta a mulher do trabalho presencial, em razão do alto risco de exposição, conforme Recomendação n. 20, de abril de 2020, e, ao mesmo tempo, exige a preservação integral de sua renda. Tal medida tem o propósito de resguardar este direito enquanto durar a crise sanitária. Dessa forma, garante não só a segurança e saúde da gestante, mas a mantém financeiramente estável, garantindo também um futuro certo para a criança que está sendo gestada.

Essa medida é destinada às “empregadas gestantes”, conforme dispõe o art. 1º, da Lei⁶. Dessa forma, é importante destacar o que se entende por “empregada”. O art. 3º, da CLT⁷, define empregado como aquele trabalhador

6 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. (BRASIL, 2021.)

7 Art. 3º Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. (BRASIL, 1943)

ou trabalhadora que cumpre os quatro requisitos: (a) pessoalidade; (b) onerosidade; (c) habitualidade; e (d) subordinação.

O requisito da pessoalidade está ligado à exigência de ser aquela pessoa quem desempenha esta atividade, não podendo se fazer substituir por outras pessoas. Já a onerosidade está ligada ao recebimento de salário pelo serviço desempenhado e a habitualidade corresponde à frequência do exercício do labor. Por fim, a subordinação corresponde ao vínculo jurídico com o(a) empregador(a), devendo cumprir as ordens superiores.

A lei, portanto, exclui trabalhadoras que não possuam esse vínculo jurídico, como trabalhadoras autônomas, em vínculos informais, diaristas. Exclui ainda servidoras públicas ou aquelas cujo trabalho é regido por normas jurídico-administrativas, como as que exercem cargos em comissão ou contratadas mediante regime especial de direito administrativo (GASPAR; et al., 2021).

A exclusão das mulheres que exerçam atividades em regime de serviço público, todavia, é relativa. Em 2020, o Ministério Público do Trabalho lançou a Nota Técnica n. 16/2020, na qual há a recomendação aos órgãos públicos de afastar trabalhadoras gestantes das escalas de trabalho presencial⁸.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foi provocado para solucionar esta questão. O sindicato dos professores municipais denunciou o município de Igrejinha/RS por descumprir a lei, não afastando as professoras gestantes do trabalho presencial. Apesar de o município alegar que a lei não se aplica às servidoras públicas, que teriam regime próprio, o pedido liminar de afastamento foi deferido.

8 01. RETIRAR da organização das escalas de trabalho presencial as pessoas trabalhadoras que se encontrem inseridas nos grupos de risco identificados pelos órgãos de saúde, tais como: maiores de 60 (sessenta) anos de idade, gestantes, lactantes, doentes cardíacos, diabéticos, doentes renais crônicos, doentes respiratórios crônicos, transplantados, portadores de doenças tratados com medicamentos imunodepressores e quimioterápicos, do desempenho das funções de motorista, cobrador e fiscal, com vistas ao cumprimento do art. 4º da Portaria GM n. 454, de 20/03/2020. (MPT, 2020)

A juíza levou em conta o estado de calamidade pública que exige dos poderes públicos se adequarem à nova situação. Dessa forma, a decisão levou em conta o princípio da isonomia de tratamento das trabalhadoras, bem como a necessidade urgente de se proteger a vida das gestantes e do nascituro.

Caso a decisão fosse em sentido contrário, se mostraria violadora do princípio da isonomia, insculpido no artigo 5º da Carta da República, e, por isso, pontualmente inconstitucional, na medida em que outras trabalhadoras dos grupos de risco, como idosas, portadoras de doenças respiratórias ou que gerem imunodeficiência, continuariam a se submeter a tal programa, incorrendo, ademais disso, em discriminação reflexa das, no caso, servidoras gestantes, e, naturalmente, ao próprio do sexo feminino por ter a condição de gerar vida em seu ventre.

(...)

Ainda que as servidoras públicas municipais não fossem alcançadas pela novel legislação, Lei n. 14.151/2021, deve-se registrar que o direito brasileiro confere ao nascituro a condição de pessoa, titular de direitos, a partir da exegese sistemática dos arts. 1º, 2º, 6º e 45, caput, do Código Civil, possuindo direitos a receber doação, herança e de ser curatelado (arts. 542, 1.779 e 1.798 do Código Civil); a especial proteção conferida à gestante, assegurando-se-lhe atendimento pré-natal (art. 8º do ECA, o qual, ao fim e ao cabo, visa a garantir o direito à vida e à saúde do nascituro); alimentos gravídicos, cuja titularidade é, na verdade, do nascituro e não da mãe (Lei n. 11.804/2008); no direito penal a condição de pessoa viva do nascituro - embora não nascida - é afirmada sem a menor cerimônia, pois o crime de aborto (arts. 124 a 127 do CP) sempre esteve alocado no título referente a "crimes contra a pessoa" e especificamente no capítulo "dos crimes contra a vida" - tutela da vida humana em formação, a chamada vida intrauterina. (TJ-RS - Ação Civil Coletiva n. 5001396-92.2021.8.21.0142/RS. Juízo da 1ª Vara Judicial da Comarca de Igrejinha Juíza de Direito: Paula Maurícia Brun. Data de Julgamento: 09/06/2021, Data de Publicação: 09/06/2021).

Outras decisões também vêm seguindo esta mesma linha de argumentação, priorizando a saúde da gestante e do nascituro e, por conseguinte, determinando seu afastamento das atividades presenciais – independentemente do regime de trabalho contratado.

O afastamento das atividades presenciais pode se dar com a transferência da trabalhadora para o modelo teletrabalho, seguindo as normas da MP 1.046/2021 e os artigos 75-A e seguintes, da CLT. Não sendo possível essa transferência, a legislação exige o afastamento do trabalho,

ficando a gestante à disposição do empregador, porém com a manutenção do seu salário, a ser arcado pelo(a) empregador(a).

Apesar da possível polêmica de fazer o empresariado arcar com a remuneração da mulher gestante enquanto afastada e sem executar nenhum serviço, a legislação em comento não previu qualquer auxílio para esta proteção. Mesmo se a empregada passasse a receber o auxílio emergencial instituído pela MP 1.045/2021, ela certamente teria a sua renda mensal diminuída – tendo em vista o valor mensal oferecido por este benefício –, de forma que seu(ua) empregador(a) ainda teria que completar esse valor (GASPAR; et al., 2021).

Ao ser questionado, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região destacou que, apesar de a lei ter exigido a manutenção da remuneração da gestante, não houve a definição de quem será o responsável pelo pagamento da remuneração, quando seu trabalho for incompatível com o trabalho remoto. Nesse sentido, entendeu o magistrado que não deve a empresa arcar com este ônus, enquadrando o pagamento como salário-maternidade.

E, com efeito, embora a Lei referida pretenda dar maior proteção à mulher grávida, para que não seja discriminada, ela não definiu a quem compete o pagamento da remuneração da trabalhadora gestante, quando a sua área de atuação seja incompatível com o trabalho remoto.

Diante desse impasse, importa observar que a Constituição estabeleceu especial proteção à saúde, à maternidade, à família e à sociedade, conforme artigos 196, 201, II, 226 e 227, bem como estabeleceu a previsão expresa [sic] do dever do Estado em promover ações e políticas sociais e econômicas para alcançar tais fins, especialmente [sic] por meio do Sistema de Seguridade Social.

Assim, diante deste caso semelhante àquele, onde incide a determinação legal de que não haverá prejuízo dos vencimentos para a empregada gestante, pelo afastamento das suas atividades profissionais, em razão do risco à gravidez (art. 1º, L. 14.151/2021) causado pelo coronavírus, não pode a empregadora ser obrigada a arcar com tais encargo [sic]. Em face de todo conjunto constitucional, legal e infralegal que regulamenta a proteção social, em especial, o custeio, por toda a sociedade, dos benefícios previdenciários, como corolário do princípio da solidariedade social, verifica-se que não pode ser outra a natureza dos valores devidos à empregada gestante em casos que tais, a não ser a natureza de benefício previdenciário. (TRF-4 - Agravo de Instrumento n. 5028306-07.2021.4.04.0000/SC.

Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Desembargador Federal
Relator: Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle. Data de Julgamento:
24/8/2021).

Dentre as demais medidas emergenciais instituídas pelo governo federal, a única medida que atende às imposições da legislação 14.151/2021 é o teletrabalho. Dessa forma, trabalhadoras gestantes com o contrato suspenso durante a pandemia, seguindo as normas das Medidas Provisórias, possuem, portanto, o direito de ter seu contrato de trabalho adequado à nova legislação. Esse foi o posicionamento da decisão liminar da 11ª vara do Trabalho de São Paulo, que determinou o afastamento da trabalhadora sem prejuízo de sua remuneração.

Como é possível observar, a norma legal é bastante clara ao determinar o afastamento das empregadas gestantes das atividades presenciais enquanto perdurar a emergência de saúde pública decorrente da pandemia causada pelo novo coronavírus, que foi declarada em fevereiro de 2020, por meio da Portaria n. 188 do Ministério da Saúde e está vigente até a presente data.

Na hipótese em apreço, a gravidez da autora encontra-se suficientemente comprovada, por meio dos exames de fls. 21/24 (id. 53aa263), que foram realizados em 10/05/2021 e concluem pela existência de gestação única compatível com mais de 16 semanas. Além disso, é fato incontroverso nos autos que a reclamante comunicou sua gravidez à reclamada.

Por fim, entendo que a suspensão do contrato de trabalho disciplinada pela Medida Provisória n. 1.045 de 28/04/2021 não é incompatível com o afastamento imposto pela lei n. 14.151/2021. O empregador, todavia, deve garantir a remuneração integral da autora, arcando com o complemento salarial correspondente à diferença entre o benefício emergencial e o salário que lhe seria devido. (TRT2 - SP - Tutela Cautelar Antecedente n. 1000589-62.2021.5.02.0711/SP. Juízo da 11ª Vara do Trabalho de São Paulo - Zona Sul. Juíza do Trabalho: Katia Bizzetto. Data de Julgamento: 28/07/2021, Data de Publicação: 29/07/2021).

A responsabilização do empregador de arcar com este custo, quando a trabalhadora grávida não pode exercer suas funções de maneira remota, viola a previsão da Convenção 103 da OIT, ratificada pelo Brasil. Essa convenção impõe ao Estado o ônus financeiro da proteção à maternidade. Dessa forma, parte da doutrina entendeu que esta medida deveria ser arcada pela

previdência social, tal qual ocorre com o salário maternidade (PETACCI, 2021).

Esse também foi o entendimento da 14ª Vara Cível Federal de São Paulo, que considerou responsabilidade do Estado arcar com o ônus econômico do afastamento, tendo em vista que a ele compete zelar pelo bem público. Dessa forma, a decisão liminar foi emblemática no tema, interpretando a nova legislação como uma compensação dos valores pagos pela empresa a título de salário-maternidade.

Por tais fundamentos, e considerando que a Lei n. 14.151/2021 não estabeleceu a efetiva responsabilidade da empresa pelo pagamento dos salários no período do afastamento das empregadas gestantes, impossibilitadas de trabalhar à distância pela própria natureza das suas atividades, entendo que não é incompatível com o ordenamento jurídico vigente o pagamento do salário-maternidade, durante o período de afastamento, em razão do risco para a gravidez, ocasionado pela Pandemia de Covid-19.

Em face do exposto, defiro a tutela de urgência, para:

- a) afastar as empregadas gestantes da empresa autora de suas atividades, em razão da impossibilidade de realização do trabalho a distância;
- b) determinar o pagamento do salário-maternidade para as empregadas gestantes afastadas, durante todo o período de emergência de saúde pública de importância nacional decorrente do novo coronavírus;
- c) possibilitar a compensação dos valores correspondentes ao salário-maternidade pago pela empresa autora às empregadas gestantes afastadas de suas atividades presenciais, em razão da atual pandemia de Covid-19, nos termos do artigo 72, §1º, da Lei n. 8.213/91. (TRF3-SP – Procedimento Comum Cível n. 5006449-07.2021.4.03.6183/SP. Juízo da 14ª Vara Cível Federal de São Paulo. Juíza Federal: Noemi Martins De Oliveira. Data de Julgamento: 05/07/2021, Data de Publicação: 08/07/2021).

Pretende-se evitar qualquer tipo de discriminação da mulher dentro do ambiente de trabalho, evitando que ela deixe de ser contratada por representar “mais um encargo” ao empregador. Dessa forma, impõe-se ao Estado esse ônus, como forma de garantir que o salário-maternidade não seja mais uma razão para a mulher ser excluída do trabalho.

Esse aspecto discriminatório ocorreu no Município de Francisco Beltrão, quando este se recusou a nomear professoras gestantes,

encaminhando-as para o final da fila dos aprovados, vez que elas não poderiam prestar as atividades presenciais. O juízo da 2ª Vara do Trabalho de Francisco Beltrão, em decisão liminar, reconheceu o ato discriminatório e antijurídico praticado, determinando a imediata nomeação das professoras.

No caso vertente, o documento de fl. 70 comprova a edição do ato normativo noticiado na inicial, o qual prevê expressamente que as candidatas gestantes, na data da convocação, serão encaminhadas para o final da fila de aprovados, pela impossibilidade de desenvolver atividades presenciais por força da Lei Federal 14.151/2021.

Inegável que tal ato é flagrantemente discriminatório e antijurídico, eis que afronta a proteção ao mercado de trabalho da mulher e as garantias constitucionais à gestante e ao nascituro. E ainda, contrária, de forma reflexa, a Lei 14.151/2021, que visou justamente proteger a trabalhadora gestante e o nascituro dos riscos de contágio pelo Coronavírus, assegurando-lhe meios de manter a subsistência, eis que garantida a remuneração. Comprovados, portanto, a probabilidade do direito e o risco de dano.

(...) Assim, defiro, em parte, a medida requerida para determinar que seja assegurada a nomeação imediata das candidatas gestantes aprovadas no Processo Seletivo Simplificado (Edital n. 107/2020), observada a ordem de classificação e as diretrizes da Lei 14.151/2021, sob pena de multa diária de R\$1.000,00, limitada a R\$20.000,00. (TRT-9 Ação Civil Coletiva n. 0000401-03.2021.5.09.0126/PR. Juízo da 02ª Vara do Trabalho de Francisco Beltrão. Juíza do Trabalho: Hilda Maria Brzezinski Da Cunha Nogueira. Data de Julgamento: 15/07/2021, Data de Publicação: 16/07/2021)

Outra questão importante levantada é com relação às gestantes que já se vacinaram contra a COVID-19. Todavia, salienta-se que a legislação em momento algum faz qualquer diferenciação entre as trabalhadoras já vacinadas e as que ainda não foram. Ou seja, independente da vacinação, todas as mulheres grávidas devem ser afastadas das atividades presenciais. Esse inclusive é o entendimento adotado pelo TRT24 em decisão liminar em Mandado de Segurança Civil.

Examinando a novel Lei n. 14.151/2021, observo que determinou o afastamento do trabalho presencial, enquanto perdurar a emergência de saúde pública de importância nacional decorrente do novo coronavírus, apenas em relação às empregadas gestantes, não determinando a adoção da mencionada providência em

relação às lactantes, de modo que entendo incabível estender sua aplicação, de efeitos indiscutivelmente gravosos para o funcionamento das empresas, também ao caso destas últimas, competindo ressaltar, em relação ao disposto no art. 394-A da CLT, que este confere tratamento igualitário a gestantes e lactantes apenas em relação ao trabalho em ambiente insalubre, hipótese diversa da debatida nestes autos, bem assim que o Decreto Estadual n. 874/2021 não é idôneo a disciplinar relações de trabalho, prevalecendo quanto à temática a Portaria Conjunta n. 20/20 do Ministério da Saúde e da Secretaria Especial da Previdência e Trabalho, a qual não contempla disposição em tal sentido.

Igualmente certo, porém, que a Lei n. 14.151/2021 conferiu direito ao afastamento do trabalho presencial a todas as empregadas que se encontrem gestantes no período estabelecido, não fazendo discrimen entre trabalhadoras vacinadas e não vacinadas.

Sabidamente, embora idônea e valiosa à redução das manifestações graves e moderadas da infecção pelo novo coronavírus, a imunização vacinal em andamento não impede o contágio da morbidade pela mãe e pelo nascituro, com consequências ainda pouco conhecidas em relação à evolução da gravidez, de modo que razoável interpretar o diploma legal em debate no sentido de que o afastamento do trabalho presencial preconizado aplica-se tanto às gestantes vacinadas quanto às não vacinadas. (TRT-24 - MSCiv: 0000239-08.2021.5.23.0000 MT, Juiz do Trabalho Convocado: Aguiar Peixoto, Data de publicação: 25/05/2021).

Essa lei também afetou o entendimento jurisprudencial com relação à estabilidade gestante. Conforme o art. 10, inciso II, alínea b, do ADCT, a trabalhadora que for dispensada grávida tem direito à reintegração ao serviço. Todavia, com a Lei n. 14.151/2021, o TRT-2 entendeu que deve a gestante ser reintegrada e, conseqüentemente, afastada das atividades presenciais. Assim, a reintegração deve ocorrer por meio da adaptação das suas atividades ao modelo teletrabalho ou o afastamento remunerado. Não sendo possível, caberá a indenização substitutiva de que trata o art. art. 496, CLT.

Evidente o perigo de dano, por estar a reclamante gestante em período de enfrentamento da pandemia do COVID-19, caso não lhe seja permitido o afastamento do trabalho e o isolamento social, com manutenção de seus recursos financeiros para que seu direito a vida [sic] e de caráter alimentar não se vejam ameaçados.

Sendo assim, num juízo preliminar e perfunctório, entendo estar presente a verossimilhança da alegação, a urgência da tutela jurisdicional [sic], ante o caráter alimentar das verbas trabalhistas,

e o perigo de dano caso seja postergado para após o trânsito em julgado da decisão.

Dessa forma, considerando a existência do *fumus boni juris* e o perigo de dano irreparável à reclamante e ao nascituro, ante a prova documental produzida, entendo presentes os requisitos do art. 300 do CPC e o pedido de tutela antecipada para DEFIRO determinar a reintegração da reclamante no emprego e o restabelecimento do pagamento do salário e demais direitos legais, garantido o afastamento da empregada gestante das atividades presenciais, sem prejuízo da remuneração, enquanto perdurar a emergência de saúde pública do novo coronavírus. (TRT-2 - Ação Trabalhista 1000541-88.2021.5.02.0037 SP, Juíza do Trabalho: Sandra Miguel Abou Assali. Data de publicação: 28/05/2021).

Quase um ano após a entrada em vigor da legislação, foi promulgada a Lei n. 14.311/2022, no intuito de solucionar os conflitos e lacunas.

Apesar de impor uma oneração maior ao empresariado, a Lei n. 14.151/2021 está de acordo com os princípios protetores do direito do trabalho. Ainda, quando analisamos as recentes medidas tidas como “emergenciais”, normas e convenções vem sendo infringidas em prol do enfrentamento da crise sanitária.

O legislador, em meio ao número crescente de vítimas do novo vírus, tem o dever de zelar pela saúde da população, em especial aqueles que se encontram nos grupos de risco determinados pela Organização Mundial da Saúde. Logo, a segurança das gestantes é de suma importância para zelar não só pela vida da mulher trabalhadora, mas de quem ela está gestando.

4. *Jurisprudência de crise e judicial review*

Durante a pandemia, foram editadas diversas leis visando a regulamentação do cenário de crise sanitária. Só até julho de 2020, 1.838 normas relacionadas à COVID-19 haviam sido instituídas, só em âmbito federal; em âmbito estadual e municipal, estima-se cerca de 22 mil durante o mesmo período (VENTURA; MARTINS, 2020, p. 76). Daí por diante ainda muito mais normas foram editadas.

A divisão ideológica quanto à seriedade da pandemia, o uso de máscaras, o isolamento social, a quarentena e a obrigatoriedade de vacinação,

relegaram ao Poder Judiciário a última palavra sobre tais temas. Somente no Supremo Tribunal Federal, em agosto de 2020, 4.840 casos relacionados à pandemia foram processados (VENTURA; MARTINS, 2020, p. 76). A atuação do Poder Judiciário ao rever leis e atos administrativos é chamada de *judicial review* ou revisão judicial, permitindo que seja analisada a validade das normas frente direitos fundamentais (LOIS; MARQUES, 2013, p. 124).

Apesar das posições combativas, visando a proteção da população e o indeferimento de medidas tidas como “negacionistas”, quando o assunto era o Direito do Trabalho, o STF adotou a posição de jurisprudência de crise. Nesse sentido, entendeu-se que a atuação do órgão deve levar em conta a situação econômica e social que o país enfrenta, cabendo, assim, uma “abertura hermenêutica da jurisdição constitucional” (MENDES, 2020).

A primeira decisão emblemática na seara trabalhista que adotou a ideia de jurisprudência de crise foi o julgamento da ADI n. 6.363, na qual se autorizou a redução da jornada e do salário através de acordo individual. Permitiu-se, portanto, a violação literal do art. 7º, inciso VI, da Constituição Federal, e ignorou toda a luta de classes característica do direito do trabalho (SEVERO, 2021, p. 91).

O princípio da proteção foi mitigado porquanto perdurasse a pandemia, visto que o cenário caótico exigia medidas atípicas, mesmo que a conta fosse paga pela classe trabalhadora. Por outro lado, ao analisar o posicionamento com relação à Lei 14.151/2021, o Poder Judiciário visou manter a proteção da mulher trabalhadora grávida, todavia, não transferiu a conta para o empresariado e, sim, para o Estado.

Enquanto a classe trabalhadora teve seus direitos diminuídos em prol do funcionamento da sociedade em meio à crise sanitária, quando foi a vez do empregador arcar com o prejuízo também, a posição de jurisprudência de crise voltou seu pêndulo para os cofres públicos. Fica evidenciado o caminho legislativo e jurídico de retirar encargos trabalhistas dos empresários, preferindo onerar ainda mais o INSS.

Apesar de positiva a manutenção da proteção das gestantes durante um período tão caótico e perigoso para sua saúde, a prevalência da proteção da classe trabalhadora deve ser sempre o norte das decisões judiciais – independente de quem arcará com o fardo econômico. A jurisprudência de crise, antes de tudo, deve proteger a parte mais vulnerável da relação, ainda mais em um cenário de alta mortalidade, crise econômica, miséria e fome.

A Lei n. 14.151/2021, ao proteger a trabalhadora gestante, onerando o empresariado, impulsionou a edição de nova legislação que solucionasse ao menos as maiores polêmicas causadas pela antiga lei. Dessa forma, A Lei n. 14.311/2022 limitou o afastamento obrigatório apenas àquelas trabalhadoras que não tenham sido totalmente imunizadas contra a COVID-19⁹; permitiu alterar as funções exercidas para adequação ao modelo de teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho a distância, sem prejuízo de sua remuneração integral¹⁰; bem como permitiu o retorno ao trabalho presencial mesmo sem o fim da crise sanitária¹¹.

A nova legislação buscou fazer frente às críticas empresariais e diminuiu seus encargos financeiros, principalmente ao prever um termo final para o afastamento obrigatório – seja com o efetivo encerramento da crise

9 Art. 1º Durante a emergência de saúde pública de importância nacional decorrente do coronavírus SARS-CoV-2, a empregada gestante que ainda não tenha sido totalmente imunizada contra o referido agente infeccioso, de acordo com os critérios definidos pelo Ministério da Saúde e pelo Plano Nacional de Imunizações (PNI), deverá permanecer afastada das atividades de trabalho presencial. (BRASIL, 2022.)

10 Art. 1º. § 2º Para o fim de compatibilizar as atividades desenvolvidas pela empregada gestante na forma do § 1º deste artigo, o empregador poderá, respeitadas as competências para o desempenho do trabalho e as condições pessoais da gestante para o seu exercício, alterar as funções por ela exercidas, sem prejuízo de sua remuneração integral e assegurada a retomada da função anteriormente exercida, quando retornar ao trabalho presencial. (BRASIL, 2022)

11 Art. 1º. § 3º Salvo se o empregador optar por manter o exercício das suas atividades nos termos do § 1º deste artigo, a empregada gestante deverá retornar à atividade presencial nas seguintes hipóteses: I - após o encerramento do estado de emergência de saúde pública de importância nacional decorrente do coronavírus SARS-CoV-2; II - após sua vacinação contra o coronavírus SARS-CoV-2, a partir do dia em que o Ministério da Saúde considerar completa a imunização; III - mediante o exercício de legítima opção individual pela não vacinação contra o coronavírus SARS-CoV-2 que lhe tiver sido disponibilizada, conforme o calendário divulgado pela autoridade de saúde e mediante o termo de responsabilidade de que trata o § 6º deste artigo. (BRASIL, 2022)

pandêmica, com a total imunização da gestante ou mediante termo de responsabilidade e liberdade para não se vacinar. Salienta-se que esta última, ainda, abre margem para o exercício da hierarquia diante a hipossuficiência da mulher trabalhadora, ainda mais em um período de crise, permitindo a imposição da volta ao trabalho. Assim, mesmo diante de uma atuação protetiva do Poder Judiciário, que através da revisão judicial buscou ampliar as proteções legais, o Poder Executivo e o Legislativo reviram a norma para mitigar parte da proteção antes conferida.

Em suma, a crise sanitária abriu margem para uma atuação em caráter de exceção das legislações e das decisões judiciais, visando contornar as crises financeira e social resultantes da pandemia. Foi possível perceber que, no caso das trabalhadoras gestantes, o Poder Judiciário atuou no sentido de proteger e garantir a validade da Lei n. 14.151/2021, através do *judicial review*, seja impondo o afastamento ou transferindo os encargos financeiros para a Seguridade Social. Apesar disso, o impacto econômico negativo causado resultou na edição da Lei n. 14.311/2022, que reverteu e limitou o afastamento.

3. Conclusão

O prolongamento da pandemia de COVID-19, com a conseqüente necessidade de políticas públicas capazes de ajudar tanto na quarentena quanto na continuidade dos serviços. Dessa forma, diversas normas foram instituídas, facilitando a transferência do labor para o *home-office*, permitindo a suspensão dos contratos de trabalho, diminuição da jornada de trabalho, com diminuição salarial proporcional, bem como a instituição de auxílio emergencial.

Uma dessas medidas foi o afastamento obrigatório das mulheres gestantes de suas atividades presenciais, por meio da Lei n. 14.151/2021. Assim, essas mulheres, por encontrarem-se no grupo de risco no contágio do

vírus, devem ter suas funções transferidas para o modelo de teletrabalho e, no caso da impossibilidade, permanecerem afastadas, à disposição do(a) empregador(a), sem prejuízo de suas remunerações.

Ao ser questionado, o Poder Judiciário manteve a intenção de proteger as gestantes, posicionando-se a favor do afastamento, do direito à saúde e da manutenção do emprego. Todavia, em termos financeiros, também visou proteger o(a) empregador(a), conferindo ao Estado, mais especificamente a Seguridade Social, o encargo de pagar os salários-maternidade durante o período de afastamento. Por fim, foi promulgada a Lei n. 14.311/2022, atenuando e limitando os efeitos da lei anterior, servindo como resposta do poder público frente às críticas empresariais. Assim, permitiu-se a volta das gestantes ao trabalho ou a alteração momentânea de suas funções para adequação ao serviço enquanto durar o seu afastamento.

Apesar da polêmica e das críticas que esta legislação recebeu da doutrina e do empresariado, a Lei n. 14.151/2021 está de acordo com as diretrizes e princípios trabalhistas, buscando garantir maior proteção à classe trabalhadora, em especial à mulher que se encontra grávida. Ainda, em tempos de legislações de cunho emergencial, dada a situação atípica pandêmica, as normativas que vêm sendo editadas excepcionam regras tidas como “normais” e mitigaram princípios. Por mais que a lei imponha o ônus financeiro ao(à) empregador(a), ela tem o objetivo maior de proteção da vida.

Referências

BRASIL. **Decreto-Lei n. 5.452, de 1 de maio de 1943**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 04 maio 2022.

BRASIL. **Lei n. 14.151, de 12 de maio de 2021**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2021/lei/L14151.htm. Acesso em: 04 maio 2022.

BRASIL. **Lei n. 14.311, de 09 de março de 2022**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2022/lei/L14311.htm. Acesso em: 04 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5938 DF 0069830-37.2018.1.00.0000**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 29 maio 2019. DJe 29 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.363 DF 0089460-11.2020.1.00.0000**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 17 abr. 2020. DJe 20 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Ação Civil Pública 5001396-92.2021.8.21.0142/RS**. Juíza de Direito Paula Mauricia Brun. Igrejinha, 09 jun. 2021. DJe 09 jun. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **5006449-07.2021.4.03.6183/SP**. Juíza Federal Noemi Martins De Oliveira. São Paulo, 05 jul. 2021. DJe 08 jul. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **5028306-07.2021.4.04.0000/SC**. Relator: Des. Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle. Porto Alegre, 24 ago. 2021. DJe 24 ago. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **1000541-88.2021.5.02.0037/SP**. Juíza do Trabalho Sandra Miguel Abou Assali. São Paulo, 29 maio 2021. DJe 28 maio 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **1000589-62.2021.5.02.0711/SP**. Juíza do Trabalho Katia Bizzetto, São Paulo, 28 jul. 2021. DJe 29 jul. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região. **Mandado de Segurança Cível 0000239-08.2021.5.23.0000/MT**. Juiz do Trabalho Convocado Aguimar Peixoto. Campo Grande, 25 maio 2021. DJe 25 maio 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. **Ação Civil Coletiva 0000401-03.2021.5.09.0126/PR**. Juíza do Trabalho Hilda Maria Brzezinski Da Cunha Nogueira. Francisco Beltrão, 15 jul. 2021. DJe 16 jul. 2021.

DOCA, Geralda. Auxílio emergencial volta a ser pago em 2021. Veja o calendário e tire suas dúvidas. **O Globo**, 06 abr. 2021. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/auxilio-emergencial-volta-ser-pago-em-2021-veja-calendario-tire-suas-duvidas-24956728>. Acesso em: 06 nov. 2021.

GASPAR, Danilo Gonçalves; MARTINEZ, Luciano; PAMPLONA, Rodolfo. Breves considerações sobre a Lei n. 14.151/2021. **Instituto trabalho e(m) debate (ITB)**, 14 maio 2021. Disponível em: <http://trabalhoemdebate.com.br/artigo/detalhe/breves-consideracoes-sobre-a-lei-n-141512021>. Acesso em: 27 maio 2021.

JUNIOR, Narciso Figueirôa. Lei 14.151/21 tem redação incompleta e pode gerar insegurança jurídica. **ConJur**, 17 maio 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-17/figueiroa-jr-consideracoes-lei-1415121>. Acesso em: 27 maio 2021.

LOIS, Cecília Caballero; MARQUES, Gabriel Lima. A desconstrução semântica da supremacia judicial e a necessária afirmação do judicial review: uma análise a partir da democracia deliberativa de Habermas e Nino. **Revista Sequência**, n. 66, p. 113-136, jul. 2013.

MENDES, Gilmar. Jurisprudência de Crise e Pensamento do Possível: caminhos constitucionais. **ConJur**, 11 abr. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-11/observatorio-constitucional-jurisprudencia-crise-pensamento-possivel-caminhos-solucoes-constitucionais>. Acesso em: 27 jun. 2021.

MPT. **Nota Técnica 16/2020 do GT Nacional COVID-19**. Brasília, 04 set. 2020. Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/nota-tecnica-16-trabalhadores-e-trabalhadoras-grupo-de-risco-pgt-mpt.pdf>. Acesso em: 04 maio 2022.

PAIXÃO, Tamiris Vilas Bôas da; SCHAEFER, Matheus Karl Schmidt. Covid-19 e teletrabalho: uma análise dos tempos de trabalho e de não trabalho. Ezilda Melo, Lize Borges e Marco Aurélio Serau Júnior (org.). **Covid-19 e direito brasileiro: mudanças e impactos**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

PETACCI, Diego. A Lei 14.151/21 e o afastamento do trabalho da empregada gestante. **ConJur**, 19 maio 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-19/petacci-lei-1415121-afastamento-empregada-gestante>. Acesso em: 27 maio 2021.

SEVERO, Valdete Souto. A importância dos direitos sociais em tempos de COVID-19. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, [S. l.], v. 16, n. 2, 2021.

TRINDADE, Rodrigo. Lei n. 14.151/2021: Primados, consequências e divergências sobre a proteção da vida de gestantes e nascituros. **A proteção social na encruzilhada: Anais da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. XI Congresso Internacional de Direito do Trabalho 2021**, p. 611-630, 2021.

VENTURA, Deisy de Freitas Lima; MARTINS, Jameson. Between Science and populism: the Brazilian response to COVID-19 from the perspective of the legal determinants of Global Health. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 17, n. 2, p. 66-83, 2020.

YEUNG, Jessie. The world's biggest work-from-home experiment has been triggered by coronavirus. **CNN**, 15 fev. 2020. Disponível em: <https://edition.cnn.com/2020/02/14/asia/coronavirus-work-from-home-intl-hnk-scli/index.html>. Acesso em: 08 jun. 2021.

Artigo recebido em: 04/05/2022.

Aceito para publicação em: 10/12/2022.