



PECULIARIDADES RELACIONADAS AOS CUSTOS DECORRENTES DO AFASTAMENTO DA EMPREGADA GESTANTE OU LACTANTE POR IMPOSSIBILIDADE DE REMANEJAMENTO PARA UM LOCAL SALUBRE

Carlos Augusto Pinto de Vasconcellos Junior¹

Resumo: o presente artigo tem o objetivo de analisar a controvérsia existente em relação a quem pertence a responsabilidade pelo pagamento relacionado ao afastamento da empregada gestante ou lactante do local insalubre quando há impossibilidade de remanejamento para um local salubre. Constatou-se que o debate foi, em tese, solucionado pelo voto condutor da declaração de inconstitucionalidade de trechos dos incisos II e III do artigo 394-A da CLT, na ADI n. 5938-DF, proferido pelo Ministro Relator Alexandre de Moraes e pela Solução de Consulta n. 287 - COSIT, subscrita por Mirza Mendes Reis, Auditora da Receita Federal do Brasil e Coordenadora da COPEN, aprovada por Fernando Mombelli, Coordenador-Geral da COSIT.

Palavras-chave: Insalubridade. Gestante. Lactante. Salário-maternidade. Responsabilidade.

43

1 INTRODUÇÃO

O tema escolhido para este artigo ganhou grande repercussão após a alteração do artigo 394-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), realizada pela Lei nº 13.467 de 2017, conhecida como Reforma Trabalhista, pois não houve alteração, até a presente data, na legislação previdenciária, visando acompanhar a alteração no referido texto consolidado.

Daí surgiu à necessidade de analisar os aspectos relacionados

1 Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Candido Mendes. Pós-graduado em Advocacia Pública pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduando em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado licenciado. Chefe da Assessoria Jurídica do 35º ofício geral do Ministério Público do Trabalho – PRT da 1ª Região-RJ. Ex-Assessor-Chefe da Assessoria Jurídica do Centro de Tecnologia da Informação e Comunicação do Estado do Rio de Janeiro. carlosvasconcellos362@gmail.com.br.

ao afastamento da gestante ou lactante do local insalubre para, ao final, responder qual atitude o empregador deve tomar se houver impossibilidade de realocação de tais empregadas para atividades salubres e quem deve arcar com os custos de eventual afastamento, durante a totalidade do período.

Para o desenvolvimento do tema, o presente artigo está dividido em três títulos principais, sendo que, no primeiro, serão realizadas breves considerações sobre a insalubridade; já no segundo, serão focalizados os aspectos referentes ao afastamento da gestante ou lactante do local insalubre, com remanejamento ou não para outro local salubre; e no terceiro, será apontado o responsável pelo pagamento decorrente do salário-maternidade, durante todo o período de afastamento destas trabalhadoras.

Com essa abordagem, espera-se focalizar a discussão entre os profissionais envolvidos no conflito, bem como as possíveis soluções para este possível imbróglio, até mesmo porque esta questão, pelos custos envolvidos, poderá ser judicializada futuramente, inclusive de forma massiva.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A INSALUBRIDADE

De acordo com Saliba e Corrêa, “a palavra insalubre deriva do latim e significa tudo aquilo que origina doença, e a insalubridade é a qualidade de insalubre” (2012, p. 11). Embora não seja comum que leis definam os institutos, a insalubridade também foi definida pelo artigo 189 da CLT:

Art. 189. Serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos.

Vale dizer, ademais, que a atividade insalubre se sujeita a uma contraprestação econômica diferenciada, representada pelo pagamento do adicional de 10% (grau mínimo), 20% (grau médio) ou 40% (grau máximo), em regra, com base no artigo 192 da CLT.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) prevê, no seu artigo 7º, XXIII, que os trabalhadores, sejam eles urbanos ou rurais, têm direito ao adicional de remuneração para as atividades insalubres, nos termos da lei, sendo importante mencionar que cabe ao

antigo Ministério do Trabalho e Emprego (atual Ministério da Economia), aprovar o quadro com a descrição das atividades insalubres, os critérios para sua caracterização, os limites de tolerância, as formas destinadas à proteção e o tempo máximo de exposição, com base no artigo 190, *caput*, da CLT.

Ressalte-se que o referido Órgão, no exercício da sua atribuição, disposta nos artigos 190 e 200 da CLT, aprovou, por meio da Portaria n° 3.214/1978, as Normas Regulamentadoras (NRs) ns. 9 e 15, que definem os critérios de fixação da insalubridade.

Nesse contexto, podemos observar que a NR n. 15, que define as atividades e operações insalubres, focaliza, no seu tópico 15.1.1, as atividades acima dos limites de tolerância previstos nos anexos números 1, 2, 3, 5, 11 e 12, enquanto que, no subitem 15.1.3, referencia as atividades mencionadas nos anexos n. 6 (que tratam dos trabalhos sob ar comprimido e submersos), n. 13 (que versa sobre agentes químicos) e n. 14 (que aborda os agentes biológicos), ou seja, os agentes caracterizadores da insalubridade podem ser físicos, químicos e biológicos.

Vale observar que a referida norma, no subitem n° 15.1.5, entende, por limite de tolerância, “a concentração ou intensidade máxima ou mínima, relacionada com a natureza e o tempo de exposição ao agente, que não causará dano à saúde do trabalhador, durante a sua vida laboral”.

É importante mencionar que o agente insalubre precisa estar previsto na relação do antigo Ministério do Trabalho, não sendo suficiente a constatação através de perícia, conforme a Súmula 448, I, do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

Acresça-se que o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou procedente a Reclamação n° 6266, para suspender os efeitos da Súmula n° 228 do TST, na parte em que permitia a utilização do salário básico para calcular o adicional de insalubridade, devendo, por consequência, continuar a ser calculado com base no salário mínimo, enquanto não superada a inconstitucionalidade por meio de lei, ficando excepcionadas as normas internas e negociações, individuais ou coletivas, para majoração da referida base de cálculo.²

2 É relevante destacar que o artigo 611-A, XII da CLT, que prevê “a convenção coletiva e o

A referida parcela, na dicção do que está previsto no artigo 193, § 2º, da CLT, não poderá ser cumulado com o adicional de periculosidade, ainda que estejam baseados em agentes diversos e independentes, ficando a critério do empregado a opção por um deles, sendo oportuno mencionar que, recentemente, o TST ratificou esta ideia, por meio de Acórdão prolatado nos autos do Incidente de Recurso Repetitivo n. 239-55.2011.5.02.0319, julgado pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (SBDI-1), em 26 de setembro de 2019, por maioria e publicado no Diário Oficial em 15 de maio de 2020 – que ainda não transitou em julgado –, ao decidir que o dispositivo em referência foi recepcionado pela CRFB/88.

Ressalte-se que, nos termos da Súmula nº 139 do TST, “enquanto percebido, o adicional de insalubridade integra a remuneração para todos os efeitos legais”, valendo frisar que, caso o trabalhador ajuíze ação buscando a condenação de sua empregadora ao pagamento do referido adicional, eventual constatação em juízo, via perícia técnica, de agente diverso do apontado na petição inicial, não inviabilizará seu direito, conforme a Súmula nº 293 do mesmo Tribunal.

46

Vale dizer, ainda, que, em consonância com a Súmula nº 289 do TST, o empregador deve adotar as medidas necessárias à diminuição ou bloqueio dos agentes nocivos, inclusive por intermédio da utilização, pelo trabalhador, dos equipamentos de proteção individual (EPIs), sendo que, o seu simples fornecimento, não afasta, por si só, o pagamento do adicional de insalubridade.

Acresça-se a isso que o simples fato de o empregado laborar de forma intermitente, exclusivamente por este motivo, também não afasta o seu direito ao adicional de insalubridade, na forma da Súmula nº 47 do TST.

Dessa maneira, é possível perceber que o adicional de insalubridade tem a finalidade de assegurar um acréscimo ao salário percebido pelo obreiro

acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: enquadramento do grau de insalubridade”, deve ser lido e interpretado com ressalvas, pois não é permitida a negociação coletiva de forma a afastar o enquadramento de agentes insalubres, até mesmo porque há vedação não apenas no artigo 7º, XXII e XXIII da CRFB/88, como também no próprio artigo 611-B, XVII da CLT.

que labore nas condições especificadas – salvo exceções – em lei ou norma regulamentar.

3 AFASTAMENTO DAS ATIVIDADES DA GESTANTE OU LACTANTE DE ATIVIDADES INSALUBRES

Caso fique caracterizado o trabalho em atividades insalubres e em se tratando de trabalhadora gestante ou lactante, as partes devem observar o previsto no artigo 394-A da CLT, inserido pela Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, com a finalidade de proteger não só a saúde desta empregada, mas também, e principalmente, a do feto ou do recém-nascido lactente. Eis o teor do dispositivo legal:

Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de:

I - atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação;

II - atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação;

III - atividades consideradas insalubres em qualquer grau, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação.

§ 1º (VETADO)

§ 2º Cabe à empresa pagar o adicional de insalubridade à gestante ou à lactante, efetivando-se a compensação, observado o disposto no art. 248 da Constituição Federal, por ocasião do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço.

§ 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. (grifos acrescidos)

Ocorre que os trechos sublinhados nos incisos II e III do artigo 394-

A da CLT, mencionados anteriormente, que previam “quando apresentar atestado médico de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento”, foram declarados inconstitucionais pelo STF, por maioria, através do Acórdão proferido pelo Tribunal Pleno nos autos da ADI nº 5938-DF, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos, sob a relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, com julgamento realizado em 29 de maio de 2019, publicado no Diário Oficial em 23 de setembro de 2019, nos termos do voto do relator.

Em seu voto condutor, o Ministro Alexandre de Moraes expôs os fundamentos da inconstitucionalidade de trechos dos referidos dispositivos legais, adentrando, por consequência, na questão previdenciária:

- que os dispositivos impugnados transferiam às empregadas o ônus de conseguir e apresentar atestado médico, elaborado por profissional de sua confiança, recomendando o afastamento das atividades insalubres enquanto durasse a gestação ou a lactação (2019, p. 2);
- que os artigos 6º e 7º, XX e XXII, preveem a proteção da maternidade, que dá origem a diversos outros direitos sociais, como o direito à segurança no emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa da gestante e licença maternidade, além de preverem a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos e a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (2019, p. 2);
- que é imprescindível buscar a máxima efetividade da proteção social relacionada à maternidade – que é um direito de dupla titularidade –, inclusive para garantir, na forma do artigo 227 da CF, não apenas a proteção integral à criança, mas também ao recém-nascido (2019, p. 2-3);
- que os direitos relacionados à maternidade e à proteção integral à criança são irrenunciáveis, sendo inviável o seu afastamento por qualquer impossibilidade, desconhecimento ou até mesmo negligência em apresentar o atestado médico, pois, caso contrário, haverá verdadeiro prejuízo ao nascituro e ao recém-nascido lactente (2019, p. 3);
- que as normas impugnadas são incompatíveis com os

dispositivos da constituição federal por ele mencionados, que protegem à gestante, lactante, o nascituro e o recém-nascido lactente (2019, p. 3);

- que, se as empregadas gestantes ou lactantes forem deslocadas de suas atividades, para uma função salubre, o empregador poderá, na forma dos artigos 394-A, § 2º, da CLT e 248 da CF, realizar a compensação dos valores pagos a título do adicional de insalubridade, sendo que, caso não seja possível o remanejamento destas trabalhadoras de suas atividades laborais insalubres, estas trabalhadores serão afastadas e não haverá ônus excessivo ao empregador, pois foi autorizada a compensação na forma dos artigos 394-A, § 3º, da CLT e 248 da CF, durante todo o período de afastamento.

Como se vê, a CLT passou a prever que a empregada deverá ser afastada, sem prejuízo de sua remuneração, incluída nesta o valor do adicional de insalubridade devido, de atividades insalubres enquadradas em grau mínimo, médio ou máximo, enquanto durar a gestação ou lactação, conforme o artigo 394-A, *caput*, I, II e III, não havendo mais a necessidade de apresentação, para as hipóteses previstas nos incisos II e III, de atestado médico recomendando o afastamento da empregada de suas atividades laborativas, como ocorria na redação conferida pela Lei nº 13.287, de 11 de maio de 2016, que estabelecia: “a empregada gestante ou lactante será afastada, enquanto durar a gestação e a lactação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, devendo exercer suas atividades em local salubre”.

Quer isso dizer que as empregadas enquadradas nas hipóteses antes apresentadas, não podem trabalhar em local insalubre, devendo ser remanejadas para um local totalmente salubre, de modo a garantir tanto a saúde da mãe quanto do nascituro ou recém-nascido lactente, tendo o § 2º do artigo 394-A da CLT determinado, neste caso, a manutenção de pagamento do adicional de insalubridade à mulher gestante ou lactante ou, autorizado ao empregador, em contrapartida, a compensação dos referidos valores quando do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviços.

A realocação deve observar as atividades atinentes à função da trabalhadora, extraídas da classificação brasileira de ocupações (CBO) e/ou previstas em contrato, que devem ser compatíveis com a condição pessoal desta empregada, mas desde que não sejam mais complexas para as quais ela foi contratada, na forma do artigo 456, parágrafo único, da CLT.

No entanto, se não for possível a realocação antes mencionada, ficará caracterizada gravidez de risco, ensejando a percepção de salário-maternidade, na forma do artigo 72, § 1º, da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, durante todo o período de afastamento, conforme a exceção prevista no artigo 394-A, §3º, da CLT.

Embora as condições de gestantes e lactantes sejam distintas, havendo um verdadeiro equívoco redacional, o dispositivo em referência abrange as duas hipóteses.

4 RESPONSÁVEL PELO PAGAMENTO DA CONTA DE TODO O PERÍODO DE AFASTAMENTO

50

As empregadas, empregadores e os respectivos advogados estão sendo atormentados pelas consequências práticas do 394-A, § 3º, da CLT, pois no caso de haver impossibilidade de remanejamento, a trabalhadora, gestante ou lactante, deverá ser afastada de suas atividades laborativas, necessitando receber o salário-maternidade, enquanto durar o seu afastamento, inclusive, se for o caso, por longo período. Pode-se, inclusive, englobar as duas hipóteses, isto é, a empregada ter sido afastada durante a gestação e, após o nascimento da criança, também durante a lactação, aumentando ainda mais o prazo total de afastamento.

Ocorre que, conforme a redação atual dos artigos 71 e 72 da Lei nº 8.213/91, o referido benefício é devido – em tese, na legislação previdenciária, antes da alteração do artigo 394-A da CLT – apenas durante o prazo de 120 (cento e vinte) dias, iniciando-se entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data da ocorrência deste, valendo ressaltar que o benefício, para as empregadas em geral, independe de carência, com base no artigo 26, VI, da referida legislação previdenciária.

O benefício em questão poderá ser prorrogado, excepcionalmente,

por mais 2 (duas) semanas, nos termos do artigo 93, § 3º, do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, e artigo 392, § 2º, da CLT.

Poderá, ainda, ser prorrogado por mais 60 (sessenta) dias, mas desde que a empregadora esteja cadastrada como empresa-cidadã, na esteira do artigo 1º, I, da Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, sendo, portanto, uma opção do empregador, caso lhe seja aplicável e mais benéfico.

As parcelas em questão serão pagas diretamente pelo empregador, no valor igual à remuneração integral da trabalhadora e há possibilidade de compensação de tais valores, limitados, até antes da alteração do artigo 394-A da CLT, a 120 (cento e vinte) dias, acrescidos, apenas para casos excepcionais, de mais 2 (duas) semanas.

Os outros 60 (sessenta) dias, caso a empresa esteja cadastrada como cidadã, por opção própria e desde que lhe seja mais benéfico, não serão deduzidos na forma acima, mas sim com fundamento no artigo 5º, *caput*, da Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, sendo necessário o cumprimento dos seguintes requisitos:

A pessoa jurídica tributada com base no lucro real poderá deduzir do imposto devido, em cada período de apuração, o total da remuneração integral da empregada e do empregado pago nos dias de prorrogação de sua licença-maternidade e de sua licença-paternidade, vedada a dedução como despesa operacional.

No entanto, o artigo 394-A, § 3º, da CLT foi claro ao estabelecer que, na impossibilidade de realocação da trabalhadora gestante ou lactante para um local salubre, tal fato ensejará a percepção de salário-maternidade, durante todo período de afastamento, transferindo os custos para os cofres públicos, pois, caso contrário, a norma em questão transferiria os custos para as empresas e isto poderia ocasionar discriminação, no sentido da não contratação de mulheres, principalmente em idade fértil, seja depois de uma experiência dentro da própria empresa ou até mesmo com a ciência de sua ocorrência em outra empresa.

A propósito, é oportuno consignar que a Convenção nº 103 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), aprovada pelo Decreto Legislativo nº 20, de 30.4.65, do Congresso Nacional e promulgada pelo Decreto nº 58.820, de 14 de julho de 1966, atualmente unificada

pelo Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019, no seu artigo IV, 8, proíbe expressamente essa indevida transferência dos custos com salário-maternidade ao empregador, ao assentar que “em hipótese alguma, deve o empregador ser tido como pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas às mulheres que ele emprega”.

Ainda em relação a proteção à maternidade, sempre valiosas são as palavras de Zangrando (2003, p. 601), ao mencionar o seguinte:

A questão da proteção à maternidade não interessa apenas à mulher, ao empregador ou mesmo ao Direito do Trabalho. Na verdade, é matéria de interesse social geral e imperativo, pois daí advêm as futuras gerações, garantindo a melhoria da vida e da própria sociedade humana.

Vê-se, então, que há necessidade de socialização dos riscos, pois a matéria é de interesse público, sendo necessária a compatibilização de todo o ordenamento jurídico, em prol do nascituro ou do recém-nascido lactente, conforme restou consignado na Solução de Consulta nº 287 - COSIT, subscrita por Mirza Mendes Reis, Auditora da Receita Federal do Brasil e Coordenadora da COPEN, aprovada por Fernando Mombelli, Coordenador-Geral da COSIT, datada de 14 de outubro de 2019, publicada no Diário Oficial em 21 de outubro de 2010, que, de tão importante, merece transcrição, nos termos abaixo:

14.5.1. A verdade é que, caracterizando-se o salário-maternidade como prestação previdenciária, portanto, deixando de onerar os custos das empresas, visou evitar a discriminação contra mulheres (não contratação de mulheres com receio que elas pudessem engravidar no futuro). Neste ponto, vale transcrever a doutrina de WLADIMIR NOVAES MARTINEZ (Curso de Direito Previdenciário - Tomo II – Previdência Social. São Paulo: Editora LTr, 1998, pág. 691): Até o advento da Lei n. 6.136/74, a licença maternidade era um dever nitidamente laboral. Com essa norma, a responsabilidade pelo desembolso foi social e juridicamente atribuída à previdência social. Considerada a maternidade como contingência protegível, o instituto trabalhista transformou-se em benefício previdenciário, embora a razão da transferência do ônus pecuniário tenha sido evitar discriminação contra mulheres.

O arremate adotado no referido parecer, à folha 11, foi, sem sombra de dúvidas, cirúrgico, no sentido de garantir ao empregador a compensação

dos valores pagos a título de licença-maternidade, nos casos de afastamento da gestante ou lactante, por impossibilidade de trabalhar em local salubre, inclusive durante a todo o período de afastamento, na forma do artigo 394-A, § 3º, da CLT, solucionando a cizânia que, até então, estava pairando entre as partes envolvidas, afastando, inclusive, a discussão quanto à ausência da indicação da fonte de custeio, como segue:

14.8 Acresça-se que, como o salário-maternidade é uma prestação tipicamente previdenciária, regrado desta forma desde o advento da Lei n.º 6.136, de 1974, o que quer dizer, com ônus total para da Previdência Social, e tendo em vista os efeitos da Lei n.º 13.467, de 2017, ao acrescentar o artigo 394-A, parágrafos 3º, à CLT, e ainda que se considere os termos da limitação constante no “*caput*” do artigo 71 da Lei n.º 8.213, de 1991, não há como não se permitir ao contribuinte o direito à compensação integral do salário-maternidade, durante todo o período de afastamento, quando proveniente da impossibilidade de a gestante ou lactante, afastada em face de atividades consideradas insalubres, que recomende o afastamento durante a gestação, exercer suas atividades em local salubre na empresa, nesta situação, caracterizada a hipótese como gravidez de risco.

53

Ainda quanto à fonte de custeio, conforme visto anteriormente, o salário-maternidade é um benefício tipicamente previdenciário e, por conta disto, deverá ser suportado pelos cofres públicos, sendo que, eventual decisão em sentido contrário, seja legislativa, administrativa ou judicial, colocará em risco a inserção e manutenção da força de trabalho feminina no mercado de trabalho, especialmente em relação às mulheres em idade fértil, até mesmo porque há imposição legal para o afastamento destas trabalhadoras do local insalubre e, em determinadas hipóteses, não será possível o remanejamento para outro local salubre.

Acresça-se, ainda, que a referida parecerista, em resposta à consulta, concluiu o seguinte:

16. À vista do exposto, e respondendo aos questionamentos da consulente, conclui-se que:

a) segundo a previsão legal objeto do artigo 394-A, e § 3º, da CLT, ao contribuinte é permitido o direito à dedução integral do salário-maternidade, durante todo o período de afastamento, quando proveniente da impossibilidade de a gestante ou lactante, afastada em face de atividades consideradas insalubres, e esta não possa exercer

suas atividades em local salubre na empresa, restando caracterizada a hipótese como gravidez de risco.

b) no caso de terceirização, a empregadora precisa comprovar a impossibilidade de exercício de função em ambiente salubre de seu(s) estabelecimento(s) ou de outra contratante de seus serviços de terceirização e não somente no estabelecimento da empresa onde a gestante estava alocada.

No entanto, ressalvou que, na terceirização, a empregadora necessitará comprovar que não foi possível a realização das atividades laborativas da empregada em ambiente salubre no(s) seu(s) estabelecimento(s) ou, ainda, de outra empresa contratante e não, portanto, somente no estabelecimento da empresa onde a gestante ou lactante estava alocada.

Recentemente, inclusive, o Poder Executivo Federal, por meio da edição do Decreto n. 10.410, de 30 de junho de 2020, que alterou o artigo 255 do Regulamento da Previdência Social (aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999), chancelou o parecer elaborado pela Receita Federal, anteriormente citado:

54

Art. 255. A dedução e o reembolso relativos a quotas do salário-família e do salário-maternidade e a compensação do adicional de insalubridade a que se refere o § 2º do art. 394-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1943, observarão os termos e as condições estabelecidos pela Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Economia. (NR)

Some-se a isso que o parecer em referência seguiu não apenas o artigo 394-A, § 3º, da CLT, mas, também, inclusive, o artigo IV, 8, da Convenção nº 103 da OIT, o artigo 72, § 1º, da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e o que ficou consignado no voto condutor da declaração de inconstitucionalidade de trechos dos incisos II e III do referido dispositivo legal, na ADI n. 5938-DF, proferido pelo Ministro relator Alexandre de Moraes, **durante todo o período de afastamento**, conforme mencionado no item n. 2.

Vê-se, portanto, que o empregador deverá analisar se há possibilidade de remanejamento da gestante ou lactante para um local salubre, sendo que, caso não seja possível, a empregada deverá ser afastada de suas atividades laborativas e perceberá, por todo período de afastamento,

salário-maternidade, ficando assegurado ao empregador a compensação, durante todo o período de afastamento.

No entanto, o empregador deverá juntar provas para demonstrar, no momento oportuno para a compensação dos valores gastos com salário-maternidade, a impossibilidade de remanejamento da trabalhadora, sob pena de ficar limitada ao ordinário de 120 (cento e vinte) dias, prorrogável, de forma excepcional, por mais 2 (duas) semanas.

5 CONCLUSÃO

Sendo assim, o empregador deverá afastar a empregada lactante ou gestante de quaisquer atividades insalubres, com a manutenção do pagamento do respectivo adicional de insalubridade, com a possibilidade de compensação, apenas do adicional de insalubridade, na forma do artigo 394-A, § 2º, da CLT.

Caso não seja possível a realocação da empregada gestante ou lactante para um local salubre – sendo que, para empregadora que terceiriza serviços, deve haver impossibilidade de remanejamento da trabalhadora não apenas para outro estabelecimento seu como também de outra contratante de seus serviços terceirizados –, ela deverá ser afastada de suas atividades, com a percepção do salário-maternidade, por todo o período de afastamento, pago pelo empregador.

Cabe consignar que ao empregador foi autorizado compensar os valores gastos com o pagamento do salário-maternidade, englobando a totalidade do período no qual a trabalhadora percebeu o referido benefício previdenciário, seja ela gestante ou lactante, na forma do artigo 794-A, § 3º, da CLT, desde que comprove a impossibilidade de realocação desta trabalhadora, afastando, via de regra, a possibilidade de discriminação pelo empregador, consistente não ausência de contratação de mulheres, especialmente em idade fértil, sendo o procedimento igual aquele previsto no artigo 72, § 1º, da Lei nº 8213/91. Portanto, caberá ao empregador efetivar a compensação, à pessoa física que lhe preste serviço, quando do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título.

Por fim, há, ainda, **outra hipótese, diversa daquela prevista acima**, exclusivamente para o caso de a empresa ser cadastrada, por opção própria e desde que preencha os requisitos legais, como cidadã, na qual o salário-maternidade poderá ser prorrogado por mais 60 (sessenta) dias e a dedução será realizada com espeque no artigo 5º, *caput*, da Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília,

1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 27 jun. 2020.

_____. **Decreto Legislativo n. 20**, 1º de maio de 1965. Aprova as Convenções de n. 21, 22, 91, 93, 94, 97, 103, 104, 105, 106 e 107 e rejeita a de n. 90 da Organização Internacional do Trabalho. Brasília, 1965. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1960-1969/decretolegislativo-20-30-abril-1965-349517-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 27 jun. 2020.

56 _____ **Decreto-Lei n. 5.452**, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 27 jun. 2020.

_____. **Decreto n. 58.820**, de 14 de julho de 1966. Promulga a Convenção nº 103 sobre proteção à maternidade. Brasília, 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D58820.htm>. Acesso em: 27 jun. 2020.

_____. **Decreto n. 3.048**, de 6 de maio de 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social. Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm>. Acesso em: 27 jun. 2020.

_____. **Decreto n. 10.088**, de 5 de novembro de 2019. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Brasília, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5>. Acesso em: 27 jun. 2020.

_____. **Decreto n. 10.410**, de 30 de junho de 2020. Altera o Regulamento da Previdência Social. Brasília, 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10410.htm>. Acesso em: 2 jul. 2020.

_____. **Lei n. 8.213**, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social. Brasília, 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 27 jun. 2020.

_____. **Lei n. 11.770**, de 9 de setembro de 2008. Cria o Programa Empresa Cidadã. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11770.htm>. Acesso em: 27 jun. 2020.

_____. **Norma Regulamentadora do atual Ministério da Economia. NR n. 09** – Programa de Prevenção de Riscos Ambientais. Brasília, 1978. Disponível em: <https://enit.trabalho.gov.br/portal/images/Arquivos_SST/SST_NR/NR-09-atualizada-2019.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2020.

_____. **Norma Regulamentadora atual Ministério da Economia. NR n. 15** – Atividades e Operações Insalubres. Brasília, 1978. Disponível em: <https://enit.trabalho.gov.br/portal/images/Arquivos_SST/SST_NR/NR-15-atualizada-2019.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2020.

_____. Receita Federal. **Solução de Consulta n. 287 – COSIT**. Subscritora: Mirza Mendes Reis. Aprovação: Fernando Mombelli. DJ: 21/10/2010. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=104368>>. Acesso em: 9 jun. 2020.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 5.938**. Distrito Federal. Relator Min. Alexandre de Moraes. DJ: 23/09/2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341223346&ext=.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2020.

_____. _____. **Reclamação Constitucional n. 6.266**. Distrito Federal. Relator Min. Ricardo Lewandowski. DJ: 18/04/2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314143255&ext=.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2020.

_____. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Recurso Repetitivo n. 239-55.2011.5.02.0319**. Distrito Federal. Redator designado Min. Alberto Bressiani. DJ: 15/05/2020. Disponível em: <aplicacao5.tst.jus.br/consultaDocumento/acordao.do?anoProcInt=2014&numProcInt=235432&dataPublicacaoStr=15/05/2020%2007:00:00&nia=7421565>. Acesso em: 28 jun. 2020.

_____. _____. **Súmulas**. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em: 27 jun. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 103**, de 1952. Amparo à Maternidade. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235193/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 27 jun. 2020.

SALIBA, Tuffi Messias; CORRÊA, Márcia Angelim Chaves. **Insalubridade e periculosidade**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. **Resumo do Direito do Trabalho**. 6. ed. Rio de Janeiro: Trabalhistas, 2003.