



MINIST\x9cRIO P\x9cBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da Rep\x9clica

N\xba 281.480/2016-AsJConst/SAJ/PGR

EXCELENT\x9cSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

[Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 28, §§ 2º e 9º, *a*, parte final, da Lei 8.212/1991. Contribuição previdenciária sobre salário-maternidade. Ofensa à proteção à maternidade e ao direito a trabalho da mulher. Constituição, arts. 5º, I e § 2º, 6º e 7º, XVIII, XX e XXX. Convenção 103 da OIT, art. 3, item 8. Violação à definição da contribuição previdenciária. Constituição, art. 195, I, *a*.]

O Procurador-Geral da República, com fundamento nos arts. 102, I, *a* e *p*, 103, VI, e 129, IV, da Constituição Federal de 1988, no art. 46, parágrafo único, I, da Lei Complementar 75, de 20 de maio de 1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), e na Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, propõe

ação direta de inconstitucionalidade,

com pedido de medida cautelar, contra o **art. 28, §§ 2º e 9º, alínea *a*, parte final, da Lei 8.212, de 24 de julho de 1991**, que fazem incidir contribuição previdenciária sobre o salário-maternidade.

Esta petição se acompanha de cópia do ato impugnado (na forma do art. 3º, parágrafo único, da Lei 9.868/1999) e de representação formulada pelo Vice-Procurador-Geral da República, JOSÉ BONIFÁCIO BORGES DE ANDRADA,¹ autuada na Procuradoria-Geral da República como processo administrativo 1.00.000.008435-2016-12.

1. OBJETO DA AÇÃO

É o seguinte o teor das normas impugnadas nesta ação:

Art. 28. [...]

§ 2º O salário-maternidade é considerado salário-de-contribuição.

[...]

§ 9º Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente: (Redação dada pela Lei 9.528, de 10 de dezembro de 1997)

a) os benefícios da previdência social, nos termos e limites legais, **salvo o salário-maternidade**; (Redação dada pela Lei 9.528, de 10 de dezembro de 1997). (sem destaque no original) [...].

As normas transcritas são materialmente incompatíveis com as garantias constitucionais de proteção à maternidade e ao direito das mulheres de acesso ao mercado de trabalho, previstas no art. 7º, incisos XVIII, XX e XXX, no art. 6º e no art. 5º, inc. I e § 2º, da Constituição Republicana,² além de afrontar o art. 195, I, alínea

¹ Importantes trechos da representação foram incorporados ao texto desta petição inicial.

² “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]

a, da CR, este com redação da Emenda Constitucional 20, de 15 de dezembro de 1998,³ que conceitua a contribuição previdenciária a cargo do empregador.

XVIII – licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias; [...]

XX – proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; [...]

XXX – proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; [...].

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

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:

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; [...].

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. [...].”

³ “Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I – do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional 20, de 15 de dezembro de 1998)

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; (Incluído pela Emenda Constitucional 20/1998) [...].”

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. GARANTIA DE PROTEÇÃO À MATERNIDADE E AO MERCADO DE TRABALHO DA MULHER

No Brasil e na maioria dos países do mundo, há numerosas formas de discriminação contra mulheres no mercado de trabalho (como em outros campos da vida humana). Essa condição é notória e, por isso, dispensaria demonstração. Sem embargo, apenas a título de ilustração, no que se refere à discriminação decorrente da condição de maternidade inerente à mulher, vale lembrar trecho da declaração final da Sessão Extraordinária da Assembleia Geral das Nações Unidas “Mulher 2000: Igualdade entre os Sexos, Desenvolvimento e Paz no Século XXI”, ocorrida em Nova York, de 5 a 9 de junho de 2000, mas ainda plenamente atual.

A declaração expressamente reconhece tal discriminação, no cenário internacional:

A Mulher e a economia

Embora a participação das mulheres na força de trabalho tenha vindo a aumentar de forma sustentada em todo o mundo, as desigualdades existentes com base no sexo têm-se intensificado em termos de salário e condições de trabalho.

As mulheres continuam a enfrentar barreiras que lhes tolhem a emancipação económica e as capacidades empresariais. Entre esses obstáculos, contam-se a discriminação em termos de ensino, formação, contratação, acesso ao crédito, o direito à propriedade e à herança, níveis salariais mais baixos, promoção para trabalho igual e maiores responsabilidades domésticas. [...]

Responsabilidades laborais e familiares

A função reprodutora da mulher continuou a ser encarada como um estigma pelo mercado de trabalho. Num esforço para promover uma mudança de atitude, alguns governos aprovaram políticas para harmonizar as responsabilidades laborais e familiares em conflito. [...]⁴

Publicação mais recente, do programa ONU Mulheres, sintetiza algumas formas da discriminação contra as mulheres no mercado de trabalho, entre as quais estão as associadas à maternidade. O terceiro entre os Princípios de Empoderamento das Mulheres consiste em “Garantir a saúde, a segurança e o bem-estar de todos os trabalhadores e as trabalhadoras.” A definição do Princípio 3 aborda expressamente a maternidade como fonte de discriminação:

As necessidades das pessoas em relação a saúde e segurança são influenciadas, entre vários aspectos, também pelo seu gênero. É importante que a empresa reconheça isso ao planejar o escopo de seus planos de saúde, a estrutura das equipes e as condições de trabalho, a fim de preservar a saúde física e emocional de todos colaboradores e todas colaboradoras, bem como sua segurança. O reconhecimento das diferenças, no entanto, deve ser feito de forma a evitar o reforço a estereótipos de gênero, **como a crença de que as mulheres são mais onerosas para a empresa por conta da licença maternidade** ou de que exibem maiores índices de absenteísmo no trabalho. Uma pesquisa recente da Organização Internacional do Trabalho (OIT) contribui para a quebra desses paradigmas: identificou-se que o absenteísmo entre homens e mulheres ao longo da carreira é semelhante, diferenciando-se apenas nos motivos, e que **a licença-maternidade não acarreta diretamente custos**

⁴ Disponível em <<http://migre.me/vvJFY>> ou <<https://www.unric.org/html/portuguese/ecosoc/women/mulhereconomia.pdf>>; acesso em 16 nov. 2016.

maiores, dado que existem políticas públicas que absorvem grande parte do custo do afastamento e em muitas vezes as empresas não contratam substitutos ou substitutas.⁵

O mesmo documento aponta, de forma objetiva, algumas das manifestações da discriminação de gênero na esfera laboral:

- De acordo com o Censo de 2010, as mulheres são atualmente 58% dos universitários no Brasil. Entretanto, elas representam apenas 2% dos presidentes das 250 maiores empresas brasileiras, segundo um levantamento de 2013 da consultoria Bain & Company;
- Segundo pesquisa da FGV Direito de São Paulo baseada em dados das empresas mais de 800 de capital aberto no Brasil disponíveis na CVM, 48% das empresas ainda não tem nenhuma mulher no conselho de administração, 66,5% das empresas não apresentam sequer uma mulher em posição de diretoria executiva. O número de mulheres no conselho de administração mais diretoria executiva passou de 7.8% em 2003 para 8.8% em 2013;
- As mulheres são 43% dos empreendedores do Brasil, mas apenas 20% delas têm faturamento mensal superior a R\$ 30 mil. Esse cenário reforça as dificuldades apontadas pelo Índice Global de Empreendedorismo e Desenvolvimento da DELL (GEDI), que investiga as condições de suporte ao empreendedorismo feminino de alto impacto pelo mundo. O GEDI apontou que 22 dos 30 países pesquisados em 2014 não tinham condições mínimas de incentivo ao empreendedorismo feminino, como acesso a crédito, networking (rede capacitação para as mulheres);
- As mulheres ainda são as principais responsáveis pelo afazeres domésticos: um relatório do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) apontou que a média de dedicação

⁵ ONU MULHERES. *Princípios de empoderamento das mulheres*. S.l., s.d. (2015?). p. 10. Disponível em <<http://migre.me/vvKDe>> ou <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/cartilha_WEPs_2016.pdf>; acesso em 16 nov. 2016.

semanal das mulheres a esse tipo de trabalho é de 25 horas semanais contra a média 10 horas semanais entre homens;

- No Brasil, a média salarial feminina corresponde a 74,5% da média salarial masculinas, de acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (Pnad) de 2014, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Para as mulheres negras, além da diferença salarial temos ainda uma maior concentração em ocupações de menor remuneração: um estudo de 2009 do IPEA apontou que 21% das mulheres negras no Brasil são trabalhadoras domésticas contra 12,5% das mulheres brancas e apenas 22% têm carteira assinada.
- Além de desafios práticos que as mulheres enfrentam no mercado de trabalho, como a conciliação da carreira e família de forma mais intensa que os homens, precisam lidar com obstáculos invisíveis: os estereótipos. O Center for WorkLife Law da Universidade da Califórnia validou em pesquisa a existência de quatro grupos de estereótipos que dificultam o avanço profissional feminino: barreira da maternidade, corda justa, prove novamente e guerra de gênero.⁶

As normas impugnadas, ao prever incidência de contribuição previdenciária direta e linear sobre o salário-maternidade, imputam ao empregador parcela do ônus do afastamento da gestante devido à maternidade e contribuem para aumento do custo de sua mão de obra, comparativamente à masculina. Essa condição constitui significativo fator de discriminação da mulher no mercado de trabalho, de modo a induzir fragilização da proteção constitucional destinada à maternidade.

A Constituição da República de 1988 promoveu significativo fortalecimento das garantias sociais destinadas à maternidade, ao destinar à mulher trabalhadora garantias contra discriminação no emprego por motivo de sexo. Busca assegurar igualdária parti-

⁶ *Idem*, p. 20.

cipação feminina no mercado de trabalho, de forma harmoniosa com sua proteção especial, determinada por fatores sociais e biológicos, estes inerentes e fundamentais à espécie humana.

No art. 6º, a CR consagra proteção à maternidade e à infância como direito fundamental social. Essa garantia, segundo JOSÉ AFONSO DA SILVA,⁷ assume aspectos de direito de previdência social e de assistência social nos arts. 201, inciso II, e 203, I, da CR, que dispõem (sem destaque no original):

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, **a proteção à maternidade e à infância**, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

[...]

II – **proteção à maternidade, especialmente à gestante.**

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: [...]

I – **a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;** [...].

No plano das relações de trabalho, a proteção da maternidade recebeu reforço da Constituição de 1988. Comparativamente à Constituição de 1967, a atual aumentou a licença-maternidade de

⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 39. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, p. 320-321.

84 para 120 dias, sem prejuízo do emprego e do salário, estendeu-a à empregada rural, à doméstica e à trabalhadora avulsa, em claro movimento de universalização desse direito social. Assegurou garantia de emprego à empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, com vistas a impedir dispensa discriminatória e a preservar os direitos trabalhistas e previdenciários da mulher em momento de vulnerabilidade social. É o que decorre do art. 7º, XVIII, da CR e do art. 10, *b*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]

XVIII – licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias; [...].

Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição: [...]

II – fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:
[...]

b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. [...]

Para impedir que a tutela especial da maternidade constitua fator de discriminamento negativo da mulher no mercado de trabalho, a Constituição de 1988 garante-lhe proteção especial, mediante incentivos específicos, nos termos da lei, e proíbe diferenças de salário, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, como se extrai dos incisos XX e XXX de seu art. 7º:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]

XX – proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; [...]

XXX – proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; [...].⁸

A Constituição impõe adoção de políticas de emprego e renda que estimulem integração da mulher ao mercado de trabalho, por meio de mecanismos que compensem positivamente as desvantagens concorrenenciais impostas, principalmente, pela tutela especial da maternidade.

Nesse contexto merece atenção o art. 5º, I, da CR, ao dispor que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. O preceito fixa cláusula de igualdade

⁸ Dispositivo regulamentado pela Lei 9.029, de 13 de abril de 1995, cujos arts. 1º e 2º proíbem qualquer prática discriminatória e limitadora para efeito de acesso à relação de trabalho, por motivo de sexo (art. 1º), e tipificam como crime práticas patronais voltadas a inibir o pleno direito à maternidade (art. 2º). Estabelecem os dispositivos:

“Art. 1º É proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Art. 2º Constituem crime as seguintes práticas discriminatórias:

I – a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez;

II – a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem;

a) indução ou instigamento à esterilização genética;

b) promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde (SUS).

Pena: detenção de um a dois anos e multa.”

de gênero e define que essa igualdade se dará nos termos da Constituição.

Assim o faz ao garantir licença-maternidade de 120 dias (art. 7º, XVIII), com proteção do emprego até cinco meses após o parto (art. 10, II, *b*, do ADCT); ao prever incentivos especiais compensatórios para estimular inserção das mulheres no mercado de trabalho (art. 7º, XX) e ao fixar critérios mais favoráveis às servidoras públicas na aquisição do direito a aposentadoria (art. 40, § 1º, III, *a* e *b*).⁹

No julgamento do recurso extraordinário 658.312/SC, relator o Ministro DIAS TOFFOLI, a Corte reconheceu constitucionalidade do intervalo especial de 15 minutos antes da jornada extraordinária, destinado à mulher pelo art. 384 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).¹⁰ Também firmou entendimento de que,

⁹ “Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

§ 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17: [...]

II – voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições:

a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinqüenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher;
b) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.”

¹⁰ “Art. 384. Em caso de prorrogação do horário normal, será obrigatório um descanso de 15 [...] minutos no mínimo, antes do início do período extraordinário do trabalho.”

ao estabelecer proteção particular à mulher nas relações de trabalho, a Constituição considerou os seguintes fatores: (i) a histórica exclusão da mulher do mercado de trabalho e o dever do estado de implantar políticas públicas de natureza protetora no âmbito do Direito do Trabalho; (ii) existência de componente orgânico a justificar tratamento diferenciado, até pela menor resistência física da mulher; (iii) componente social de sobrecarga de atribuições à mulher, em face do comum acúmulo de atividades no lar e no ambiente de trabalho, a ser considerado na interpretação da norma, na medida em que retrata a realidade por ela disciplinada.¹¹

Conclui o julgado que esses parâmetros constitucionais podem justificar tratamento específico à mulher trabalhadora na legislação laboral infraconstitucional, “desde que a norma institui-

¹¹ Trecho do acórdão: “Pela leitura desses dispositivos, podemos concluir que a Constituição Federal veio a se utilizar de alguns critérios para esse tratamento diferenciado: i) em primeiro lugar, levou em consideração a histórica exclusão da mulher do mercado regular de trabalho e impôs ao Estado a obrigação de implantar políticas públicas, administrativas ou meramente legislativas de natureza protetora no âmbito do direito do trabalho (PITANGUY, JACQUELINE & BARSTED, LEILA L. (orgs.). *O progresso das mulheres no Brasil*. Brasília: UNIFEM, Fundação Ford e CEPIA, 2006); ii) considerou existir um componente orgânico, biológico, a justificar o tratamento diferenciado, inclusive pela menor resistência física da mulher; e iii) considerou haver, também, um componente social, pelo fato de ser comum o acúmulo de atividades pela mulher no lar e no ambiente de trabalho – o que, de fato, é uma realidade e, portanto, deve ser levado em consideração na interpretação da norma, como propõe a metódica concretista de FRIEDRICH MÜLLER (cf. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. Trad. PETER NAUMANN: Rio de Janeiro, Renovar, 2005 e *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e à metódica estruturantes do direito*. Trad. DIMITRI DIMOULIS *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008)”. STF. Plenário. Recurso extraordinário 658.312/SC. Relator: Ministro DIAS TOFFOLI. 27 nov. 2014, maioria. *Diário da Justiça eletrônico* 27, 10 fev. 2015.

dora amplie direitos fundamentais das mulheres e atenda ao princípio da proporcionalidade na compensação das diferenças”.¹²

Confirmou-se a premissa constitucional de proporcionalidade entre os objetivos de proteção especial da mulher trabalhadora, na medida de suas necessidades sociais e orgânicas, e de proteção de sua presença no mercado de trabalho.

Por força dessa premissa, foram revogados dispositivos de proteção especial da mulher, que limitavam o trabalho noturno e restringiam a jornada de trabalho da empregada, previstos nos arts. 374 a 376, 378 a 380 e 387 da CLT, a fim de eliminar diferenças de tratamento desarrazoadas e cumprir o propósito de máxima equalização possível das condições de trabalho entre homens e mulheres. A revogação deu-se, segundo ALICE MONTEIRO DE BARROS, “com o objetivo de combater a discriminação e fomentar a igualdade de salários e de oportunidades” entre homens e mulheres no espaço laboral.¹³

São incompatíveis com essa premissa de equilíbrio entre proteção da maternidade e proteção do emprego da mulher medidas estatais que imponham de forma desproporcional maior custo à mão de obra da mulher, em razão do exercício da maternidade, comparativamente à força de trabalho masculina.

¹² *Idem.*

¹³ BARROS, ALICE MONTEIRO DE. Discriminação no emprego por motivo de sexo. In: RENAULT, LUIZ OTÁVIO LINHARES; VIANA, MÁRCIO TÚLIO; CANTELLI, PAULA OLIVEIRA (orgs.). *Discriminação*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 79.

Há muito se ocupam desse aspecto normas internacionais que disciplinam a proteção da mulher no mercado de trabalho e combatem a discriminação de gênero no trabalho. A Convenção 3, de 1919, da Organização Internacional do Trabalho (OIT),¹⁴ a primeira norma internacional a assegurar, à mulher empregada, licença remunerada compulsória de seis semanas antes e seis semanas depois do parto, previa pagamento de prestações durante a licença, pelos cofres públicos, mediante sistema de seguros. Isso não impedia que os estados signatários atribuíssem esse encargo simultaneamente ao empregador.¹⁵

Em 1952, a Convenção 3 foi revisada e substituída pela **Convenção 103 da OIT**, que ampliou o campo das normas de proteção à maternidade. Ratificada pelo Brasil em 18 de junho de 1965 e promulgada pelo Decreto 58.820, de 14 de julho de 1966, a Convenção 103 passou a prever expressamente, no art. 3º, item

¹⁴ Promulgada pelo Decreto 423, de 12 de novembro de 1935.

¹⁵ “Artigo 3º Em todos os estabelecimentos industriais ou comerciais, públicos ou privados, ou nas suas dependências, com exceção dos estabelecimentos onde só são empregadas os membros de uma mesma família, uma mulher

a) não será autorizada a trabalhar durante um período de seis semanas, depois do parto; [...]

c) receberá, durante todo o período em que permanecer ausente, em virtude dos parágrafos (a) e (b), uma indenização suficiente para a sua manutenção e a do filho, em boas condições de higiene; **a referida indenização, cujo total exato será fixado pela autoridade competente em cada país, terá dotada pelos fundos públicos ou satisfeita por meio de um sistema de seguros.** Terá direito, ainda, aos cuidados gratuitos de um medico ou de uma parteira. Nenhum erro, da parte do medico ou da parteira, no calculo da data do parto, poderá impedir uma mulher de receber a indemnização, à qual tem direito a contar da data do atestado medico até aquela em que se produzir o parto; [...]. Sem destaque no original.

8, que, “em hipótese alguma, deve o empregador ser tido como pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas às mulheres que ele emprega”.

Segundo ALICE MONTEIRO DE BARROS, o objetivo dessa disposição “foi evitar que a mão-de-obra feminina se tornasse mais onerosa, reduzindo as oportunidades de emprego ou de profissão das mulheres.”¹⁶ Busca reduzir-se, com isso, a crônica discriminação de que mulheres são vítimas.

Dispõem os arts. 3 e 4 da convenção, merecendo especial atenção seu item 8:

Art. 3

1. Toda mulher à qual se aplica a presente convenção tem o direito, mediante exibição de um atestado médico que indique a data provável de seu parto, a uma licença de maternidade. [...]

Art. 4

1. Enquanto ausente do trabalho em licença-maternidade de acordo com o disposto no art. 3, a mulher terá direito a receber prestações em espécie e a assistência médica. [...]

4. **As prestações em espécie e a assistência médica serão concedidas quer por meio de um sistema de seguro obrigatório, quer mediante pagamentos efetuados por fundos públicos;** em ambos os casos serão concedidas de pleno direito a todas as mulheres que preencham as condições estipuladas. [...]

7. **Toda contribuição devida nos moldes de um sistema de seguro social obrigatório que preveja assistência à maternidade e todo tributo calculado sobre salários que seria cobrado para o fim de fornecer tais prestações devem ser pagos de acordo com o número de homens e mulheres empregados nas empresas**

¹⁶ BARROS, ALICE MONTEIRO DE. *A mulher e o Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1995, p. 45.

em apreço, sem distinção de sexo, sejam pagos pelos empregadores ou, conjuntamente, por empregadores e empregados.

8. Em hipótese alguma, deve o empregador ser tido como individualmente responsável pelo custo das prestações devidas às mulheres que empregue.¹⁷

A justificativa dessas norma encontra-se em estudo desenvolvido pela OIT, no qual se destaca a importância de (a) desvinculação do custo do salário-maternidade da quantidade e da idade das mulheres empregadas em cada empresa e (b) distribuição solidária desses custos proporcionalmente ao número total de empregados de ambos os sexos na empresa, a fim de impedir discriminação de mulheres por conta da maternidade (sem destaque no original):

¹⁷ A citação dos dispositivos da convenção foi feita com alguns ajustes em face da tradução oficial do Decreto 58.820/1966, devido a erros e inadequações desta. Baseou-se no texto oficial em inglês da convenção (disponível em <<http://migre.me/vsV75>> ou <http://ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C103>; acesso em 10 nov. 2016):

“Article 3

1. A woman to whom this Convention applies shall, on the production of a medical certificate stating the presumed date of her confinement, be entitled to a period of maternity leave. [...]

Article 4

1. While absent from work on maternity leave in accordance with the provisions of Article 3, the woman shall be entitled to receive cash and medical benefits. [...]

4. The cash and medical benefits shall be provided either by means of compulsory social insurance or by means of public funds; in either case they shall be provided as a matter of right to all women who comply with the prescribed conditions. [...]

7. Any contribution due under a compulsory social insurance scheme providing maternity benefits and any tax based upon payrolls which is raised for the purpose of providing such benefits shall, whether paid both by the employer and the employees or by the employer, be paid in respect of the total number of men and women employed by the undertakings concerned, without distinction of sex.

8. In no case shall the employer be individually liable for the cost of such benefits due to women employed by him.”

Os estudos realizados pela OIT e que abrangem Argentina, Brasil, Chile, México e Uruguai põem em dúvida a ideia generalizada de que contratar uma mulher é mais caro do que contratar um homem. O estudo demonstra que o custo adicional de empregar uma mulher e de cobrir os gastos de proteção da maternidade e o cuidado das crianças é muito baixo, já que este componente do custo não salarial atinge menos de 2% dos ganhos brutos mensais das mulheres empregadas. Se considerarmos todos os custos não salariais, incluídos os de capacitação e de indenizações por acidentes de trabalho e outros relativos a diferentes categorias de trabalhadores, tanto homens como mulheres, os custos adicionais de contratar uma mulher são quase nulos. Isso se deve a que o pagamento das prestações de maternidade e dos salários durante a licença por maternidade não corre por conta do empregador, mas provém da arrecadação tributária (Chile) ou de recursos da seguridade social (Argentina, Brasil, México e Uruguai). **Quando o financiamento provém do sistema de seguridade social, o que ocorre na maioria dos países latino-americanos, com exceção do Chile, a parte que o empregador aporta não tem relação com a quantidade nem com a idade das empregadas mulheres, mas com o número total de empregados de ambos os sexos. Com esta forma de financiamento procura-se garantir um valor essencial, o de proteger as mulheres de eventual discriminação por causa da maternidade, que é a essência das convenções da OIT sobre a proteção da maternidade.**¹⁸

¹⁸ No original:

“Los estudios realizados por la OIT y que abarcan a la Argentina, Brasil, Chile, México y Uruguay, ponen en entredicho la idea generalizada de que contratar a una mujer es más caro que contratar a un hombre. El estudio demuestra que el costo adicional de emplear a una mujer, y de cubrir los gastos de protección de la maternidad y el cuidado de los niños es muy bajo, ya que este componente del costo no salarial asciende a menos del 2 por ciento de las ganancias brutas mensuales de las mujeres empleadas. Si consideramos todos los costos no salariales, incluidos los de capacitación y de indemnizaciones por accidentes de trabajo y otros relativos a diferentes categorías de trabajadores, tanto hombres como mujeres, los costos adicionales de contratar a una mujer son casi nulos. Esto se debe a que el pago

Até a ratificação da Convenção 103 da OIT, a legislação brasileira atribuía ao empregador o dever de pagar à empregada gestante os salários integrais do período de licença-maternidade, independentemente do recebimento de auxílio-maternidade prestado pela Previdência Social, conforme na época dispunha o art. 383 da CLT, hoje revogado:

Art. 393. Durante o período a que se refere o artigo anterior, a mulher terá direito aos salários integrais, calculados de acordo com a média dos seis últimos meses de trabalho, sendo-lhe ainda facultado reverter à função que anteriormente ocupava.

Parágrafo único. A concessão de auxílio-maternidade por parte de instituição de previdência social não isenta o empregador da obrigação a que alude o artigo.

Para dar cumprimento à norma internacional, a Lei 6.136, de 7 de novembro de 1974, retirou do empregador e transferiu à

de las prestaciones de maternidad y los salarios durante la licencia por maternidad no corre por cuenta del empleador, sino que proviene de la recaudación tributaria (Chile) o de fondos de la seguridad social (la Argentina, Brasil, México y Uruguay). Cuando la financiación proviene del sistema de seguridad social, lo que ocurre en la mayoría de los países latinoamericanos, a excepción de Chile, la parte que aporta el empleador no tiene relación con la cantidad ni la edad de las empleadas mujeres, sino con el número total de empleados de ambos sexos. Con esta forma de financiación se procura garantizar un valor esencial, la de proteger a las mujeres de una eventual discriminación a causa de la maternidad, que es la esencia de los convenios de la OIT sobre la protección de la maternidad.”

Organização Internacional do Trabalho. Conferencia Internacional del Trabajo. *La hora de la igualdad en el trabajo – informe global con arreglo al seguimiento de la declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*. Genebra: Oficina Internacional del Trabajo, p. 56. Disponível em <<http://zip.net/bbtwx0>> ou <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@publ/documents/publication/wcms_publ_9223128714_sp.pdf>, acesso em 11 nov. 2016.

Previdência Social o encargo exclusivo pelo pagamento integral do valor equivalente à remuneração da trabalhadora gestante no período de sua licença, mediante dedução do respectivo valor do montante que a empresa deva recolher mensalmente a título de contribuições previdenciárias.

Inicialmente, essa lei autorizou ao empregador deduzir apenas o valor líquido dos pagamentos efetuados à empregada licenciada.¹⁹ Em virtude de alteração introduzida pela Lei 6.332, de 18 de maio de 1976, que modificou o art. 2º, § 1º, da lei anterior, autorizou-se a dedução do valor bruto:

§ 1º O valor bruto do salário-maternidade pago à empregada, aí incluída a contribuição dele descontada para a previdência social, será deduzido do montante que as empresas recolhem mensalmente ao INPS a título de contribuições previdenciárias.

Não obstante a transferência desse encargo para a Previdência Social, continua a incidir contribuição previdenciária sobre o salário-maternidade, na forma do art. 3º da Lei 6.136/1974.²⁰

Ainda após a promulgação da Constituição de 1988, que prevê igualdade de gênero (art. 5º, I) e garante política compensa-

¹⁹ “Art. 2º O salário-maternidade, que corresponderá à vantagem consubstanciada no artigo 393, da Consolidação da Leis do Trabalho, terá sua concessão e manutenção pautadas pelo disposto nos artigos 392, 393 e 395 da referida Consolidação, cumprindo às empresas efetuar os respectivos pagamentos, cujo valor líquido será deduzido do montante que elas mensalmente recolhem ao Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) a título de contribuições previdenciárias.”

²⁰ “Art. 3º O salário-maternidade continuará sujeito ao desconto da contribuição previdenciária de 8% [...] e à incidência dos encargos sociais de responsabilidade da empresa.”

tória de desvantagens concorrenceis da mulher no mercado de trabalho (art. 7º, XX), a Lei 8.212/1991 manteve a incidência de contribuição previdenciária sobre o salário-maternidade, consoante as normas impugnadas, onerando a mão de obra feminina, comparativamente à masculina.

Essa oneração previdenciária viola diretamente o citado item 8 do artigo 3 da Convenção 103, que integra o ordenamento jurídico brasileiro, porquanto constitui medida estatal que favorece discriminação no emprego.

No período da licença-maternidade, o empregador fica onerado em pagar contribuição previdenciária sobre o benefício concedido à gestante, ao tempo em que também deve arcar com o custo da contribuição previdenciária incidente sobre a remuneração de eventual trabalhador temporário, substituto da licenciada. Essa dupla contribuição pelo mesmo posto de trabalho encarece a mão de obra feminina e contraria a norma constitucional e a internacional, ratificada pelo Brasil.

A Convenção 103 da OIT possui inequívoca natureza de norma de direitos humanos, dotada de *status supralegal*, à luz do art. 5º, § 2º, da Constituição.²¹

O Supremo Tribunal Federal possui ao menos um precedente em que reconhece às convenções da OIT acerca das condições de trabalho a natureza de norma de direitos humanos, conforme voto do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE na ADI 1.675/DF:

²¹ “§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

A Convenção 126 [*rectius*: 106] da OIT reforça a arguição de inconstitucionalidade: ainda quando não se queira comprometer o Tribunal com a tese da hierarquia constitucional dos tratados sobre direitos fundamentais ratificados antes da Constituição, o mínimo a conferir-lhe é o valor de poderoso reforço à interpretação do texto constitucional que sirva melhor à sua efetividade: não é de presumir, em Constituição tão ciosa da proteção dos direitos fundamentais quanto a nossa, a ruptura com as convenções internacionais que se inspiram na mesma preocupação.

De outro lado, parece inquestionável – e sobre isso não houve controvérsia na ADI 1480 – que os direitos sociais dos trabalhadores, enunciados no art. 7º da Constituição, se compreendem entre os direitos e garantias constitucionais incluídos no âmbito normativo do art. 5º, § 2º, de modo a reconhecer alçada constitucional às convenções internacionais anteriormente codificadas no Brasil.²²

No mesmo sentido, em julgamento da ADI 1.625/DF, relator o Min. MAURÍCIO CORRÊA, orientou-se o voto-vista do Min. JOAQUIM BARBOSA:

Parece não restar dúvida de que a Constituição de 1988, ao versar sobre direitos individuais e direito sociais no mesmo título (Título II), tratou tais categorias de direitos de maneira una, de modo que é impossível invocar a prevalência de um direito individual sobre um direito social. Nesse sentido, o mesmo tipo de tratamento conferido aos direitos individuais deve ser dado aos direitos sociais.

Da perspectiva do direito internacional, desde há muito se reconhecem direitos sociais como direitos humanos. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, já em 1948, consagrava, em diversos artigos, um grau de proteção mínimo aos trabalhadores. Hoje, a própria OIT discute a necessidade de adoção de uma abordagem de “direitos trabalhistas como

²² STF. Plenário. Medida cautelar na ADI 1.675/DF. Rel.: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. 24 set. 1997, maioria. *DJ*, 19 set. 2003, p. 14.

direitos humanos”, a fim de dar um grau maior de garantia aos trabalhadores em face dos efeitos deletérios do processo de globalização econômica (ver discussão em ALSTON, Philip. *Labour rights as human rights: the not so happy state of the art*. In: ALSTON, Philip. *Labour rights as human rights*. New York: Oxford University Press, 2005, p. 1-24).

Ante esse quadro, é certo que a Convenção 158 da OIT pode perfeitamente ser considerada um tratado de direitos humanos apto a inserir direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro.²³

Firme se encontra, ademais, a jurisprudência do STF quanto ao *status* de supralegalidade dos tratados legais de direitos humanos, conforme precedente firmado no julgamento conjunto do RE 466.343/SP, relator o Min. CEZAR PELUSO, do RE 349.703/RS, relator o Min. AYRES BRITTO, e do *habeas corpus* 87.585/TO, relator o Min. MARCO AURÉLIO, em que se entendeu ilícita a prisão civil de depositário infiel, por violação do art. 7, § 7, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Veja-se a ementa do RE 466.343/SP, representativa do precedente:

Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubstância da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.²⁴

²³ Voto-vista na ADI 1.625. *Revista de Direito Administrativo*, set.-dez 2015, v. 270, p. 301-324 (321).

Assim compreendida a supralegalidade do art. 3, item 8, da Convenção 103 da OIT, patenteia-se inconstitucionalidade das normas impugnadas, ao imputar ao empregador o custeio de contribuição previdenciária sobre o referido benefício securitário.

Essa conclusão mais se fortalece diante de disposições da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, da Organização das Nações Unidas, de 1979, ratificada pelo Brasil inicialmente com reservas, por meio do Decreto 89.460, de 20 de março de 1984, posteriormente ratificada sem reservas pelo Decreto 4.377, de 30 de julho de 2002.

Nos arts. 1º, 3º e 11, a norma convencional prevê adoção de medidas para viabilizar a participação da mulher em igualdade de condições com o homem, no mercado de trabalho (sem destaque no original):

Artigo 1º

Para os fins da presente Convenção, a expressão “discriminação contra a mulher” significará toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

Artigo 3º

Os Estados Partes tomarão, em todas as esferas e, em particular, nas esferas política, social, econômica e cultural, todas

²⁴ STF. Plenário. RE 466.343/SP. Rel.: Min. CEZAR PELUSO. 3 dez. 2008, unânime. *DJe* 104, 5 jun. 2009; *Revista trimestral de jurisprudência*, vol. 210(2), p. 745; *RDecTrab*, vol. 17, n. 186, 2010, p. 29-165.

as medidas apropriadas, inclusive de caráter legislativo, para assegurar o pleno desenvolvimento e progresso da mulher, com o objetivo de garantir-lhe o exercício e gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais em igualdade de condições com o homem.

Artigo 11

Os Estados-Partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na esfera do emprego a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, os mesmos direitos, em particular:

[...]

f) O direito à proteção da saúde e à segurança nas condições de trabalho, **inclusive a salvaguarda da função de reprodução.**

Esses elementos normativos, também dotados de eficácia supralegal, na forma do art. 5º, § 2º, da Constituição, reforçam o compromisso assumido pelo Brasil em promover medidas eficazes para eliminar a discriminação contra a mulher na esfera do emprego.

Isso limita o campo de ação do legislador ordinário para instituir contribuição previdenciária ou qualquer outro tributo a cargo de empregadores sobre o salário-maternidade, cujo custeio deve ser financiado solidariamente pelos atores sociais, na forma do art. 195 da lei fundamental brasileira.

2.2. NATUREZA E DEFINIÇÃO CONSTITUCIONAL DO SALÁRIO-MATERNIDADE E DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA

Em acepção ampla do seguro social, que compreende, além da cobertura das incapacidades para o trabalho, também as necessidades familiares, o salário-maternidade tem sido predominantemente considerado pela doutrina como benefício previdenciário.²⁵

Sua feição previdenciária decorre diretamente do art. 201, inciso II, da Constituição, o qual, ao disciplinar a Previdência Social, prevê entre seus objetivos a cobertura da proteção à maternidade, especialmente à gestante:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

[...]

II – proteção à maternidade, especialmente à gestante; [...].

Regulamentando o comando constitucional, a Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, no art. 18, I, alínea *g*, prevê o salário-maternidade entre as prestações devidas pelo Regime Geral de Previdência Social (RGPS) (sem destaque no original):

²⁵ IBRAHIM, FABIO ZAMBITTE. *Curso de Direito Previdenciário*. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 642; CASTRO, CARLOS ALBERTO PEREIRA DE; LAZZARI, JOÃO BATISTA. *Manual de Direito Previdenciário*. 8. ed. Florianópolis: Conceito, 2007, p. 542.

Art. 18. O Regime Geral de Previdência Social comprehende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços:

I – quanto ao segurado:

[...]

g) **salário-maternidade**; [...].

Disciplinado pela Lei 8.213/1991, arts. 71 a 73,²⁶ e pelo Decreto 3.048, de 6 de maio de 1999 (Regulamento da Previdência Social), arts. 93 a 103, o salário-maternidade é atualmente devido não apenas à segurada empregada, mas também à avulsa, à contribuinte individual, à facultativa e à segurada especial, inclusive a adotante, esta em virtude da Lei 10.421, de 15 de abril de 2002.

²⁶ “Art. 71. O salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante 120 [...] dias, com início no período entre 28 [...] dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade. (Redação dada pela Lei 10.710, de 5 de agosto de 2003)

Art. 71-A. Ao segurado ou segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança é devido salário-maternidade pelo período de 120 [...] dias. (Redação dada pela Lei 12.873, de 24 de outubro de 2013)

§ 1º O salário-maternidade de que trata este artigo será pago diretamente pela Previdência Social. (Redação dada pela Lei 12.873/2013)

§ 2º Ressalvado o pagamento do salário-maternidade à mãe biológica e o disposto no art. 71-B, não poderá ser concedido o benefício a mais de um segurado, decorrente do mesmo processo de adoção ou guarda, ainda que os cônjuges ou companheiros estejam submetidos a Regime Próprio de Previdência Social. (Incluído pela Lei 12.873/2013)

Art. 71-B. No caso de falecimento da segurada ou segurado que fizer jus ao recebimento do salário-maternidade, o benefício será pago, por todo o período ou pelo tempo restante a que teria direito, ao cônjuge ou companheiro sobrevivente que tenha a qualidade de segurado, exceto no caso do falecimento do filho ou de seu abandono, observadas as normas aplicáveis ao salário-maternidade. (Incluído pela Lei 12.873/2013)

§ 1º O pagamento do benefício de que trata o *caput* deverá ser requerido até o último dia do prazo previsto para o término do salário-maternidade originário. (Incluído pela Lei 12.873/2013)

§ 2º O benefício de que trata o *caput* será pago diretamente pela Previdência Social durante o período entre a data do óbito e o último dia do término do salário-maternidade originário e será calculado sobre: (Incluído pela Lei 12.873/2013)

I – a remuneração integral, para o empregado e trabalhador avulso; (Incluído pela Lei 12.873/2013)

Portanto, o benefício que outrora teve caráter trabalhista, custeado pelo empregador, transformou-se em direito subjetivo de natureza previdenciária, sob específico comando constitucional (art. 202, II), a fim de promover proteção do mercado de trabalho da

II – o último salário-de-contribuição, para o empregado doméstico; (Incluído pela Lei 12.873/2013)

III – 1/12 [...] da soma dos 12 [...] últimos salários de contribuição, apurados em um período não superior a 15 [...] meses, para o contribuinte individual, facultativo e desempregado; e (Incluído pela Lei 12.873/2013)

IV – o valor do salário mínimo, para o segurado especial. (Incluído pela Lei 12.873/2013)

§ 3º Aplica-se o disposto neste artigo ao segurado que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção. (Incluído pela Lei 12.873/2013)

Art. 71-C. A percepção do salário-maternidade, inclusive o previsto no art. 71-B, está condicionada ao afastamento do segurado do trabalho ou da atividade desempenhada, sob pena de suspensão do benefício. (Incluído pela Lei 12.873/2013)

Art. 72. O salário-maternidade para a segurada empregada ou trabalhadora avulsa consistirá numa renda mensal igual a sua remuneração integral. (Redação dada pela Lei 9.876, de 26 de novembro de 1999)

§ 1º Cabe à empresa pagar o salário-maternidade devido à respectiva empregada gestante, efetivando-se a compensação, observado o disposto no art. 248 da Constituição Federal, 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 serviço. (Incluído pela Lei 10.710/2003)

§ 2º A empresa deverá conservar durante 10 (dez) anos os comprovantes dos pagamentos e os atestados correspondentes para exame pela fiscalização da Previdência Social. (Incluído pela Lei 10.710/2003)

§ 3º O salário-maternidade devido à trabalhadora avulsa e à empregada do microempreendedor individual de que trata o art. 18-A da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, será pago diretamente pela Previdência Social. (Redação dada pela Lei 12.470, de 31 de agosto de 2011)

Art. 73. Assegurado o valor de um salário-mínimo, o salário-maternidade para as demais seguradas, pago diretamente pela Previdência Social, consis-

mulher e de conferir eficácia ao disposto no art. 4, item 8, da Convenção 103 da OIT.²⁷

Afirmam-no, por exemplo, CARLOS ALBERTO PEREIRA DE CASTRO e JOÃO BATISTA LAZZARI, para quem, não obstante o pagamento direto do salário-maternidade seja feito pelo empregador, seu reembolso pela Previdência Social descaracteriza-lhe a natureza salarial:

Quanto à natureza jurídica do salário-maternidade, não há que se confundir com a noção de salário *stricto sensu*, pois é benefício cujo ônus é integral da Previdência Social. Ainda que o empregador urbano ou rural tenha por obrigação adiantá-lo à trabalhadora em licença, o reembolso do valor adiantado é total, de modo que o INSS é o único responsável pelo efetivo pagamento do benefício.²⁸

O caráter previdenciário do salário-maternidade também já foi reconhecido pelo STF, no julgamento da ADI 1.946/DF, relator o Min. SYDNEY SANCHES. A Corte conferiu interpretação conforme a Constituição ao art. 14 da Emenda Constitucional 20, de 15 de dezembro de 1998,²⁹ para excluir o salário-maternidade

tirá: (Redação dada pela Lei 10.710/2003)

I – em um valor correspondente ao do seu último salário-de-contribuição, para a segurada empregada doméstica; (Incluído pela Lei 9.876/1999)

II – em um doze avos do valor sobre o qual incidiu sua última contribuição anual, para a segurada especial; (Incluído pela Lei 9.876/1999)

III – em um doze avos da soma dos doze últimos salários-de-contribuição, apurados em um período não superior a quinze meses, para as demais seguradas. (Incluído pela Lei 9.876/1999)".

²⁷ “8. Em hipótese alguma, deve o empregador ser tido como pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas às mulheres que ele emprega.”

²⁸ CASTRO, CARLOS ALBERTO PEREIRA DE; LAZZARI, JOÃO BATISTA. *Manual de Direito Previdenciário*. 8. ed. Florianópolis: Conceito, 2007, p. 548.

²⁹ “Art. 14. O limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal é fixado

do teto de valor então fixado para os benefícios previdenciários do RGPS. Recusou-se a admitir que tivesse o constituinte derivado atribuído ao empregador o pagamento, a título de salário-maternidade, de diferenças entre o teto de valor dos benefícios previdenciários, estabelecido pelo dispositivo impugnado, e o importe da remuneração da empregada beneficiária, quando superior ao teto.

Firmou o entendimento de que a atribuição dessa disparidade ao empregador promoveria discriminação ao mercado de trabalho da mulher, que a Constituição buscou combater quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo (art. 7º, XXX), “proibição, que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal”. Nesse sentido é a ementa do julgado:

DIREITO CONSTITUCIONAL, PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. LICENÇA-GESTANTE. SALÁRIO. LIMITAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 14 DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 3º, IV, 5º, I, 7º, XVIII, E 60, § 4º, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. O legislador brasileiro, a partir de 1932 e mais claramente desde 1974, vem tratando o problema da proteção à gestante, cada vez menos como um encargo trabalhista (do empregador) e cada vez mais como de natureza previdenciária. Essa orientação foi mantida mesmo após a Constituição de 05/10/1988, cujo art. 6º determina: a proteção à maternidade

em R\$ 1.200,00 [...]), devendo, a partir da data da publicação desta Emenda, ser reajustado de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social.”

deve ser realizada “na forma desta Constituição”, ou seja, nos termos previstos em seu art. 7º, XVIII: “licença à gestante, sem prejuízo do empregado e do salário, com a duração de cento e vinte dias”.

2. Diante desse quadro histórico, não é de se presumir que o legislador constituinte derivado, na Emenda 20/98, mais precisamente em seu art. 14, haja pretendido a revogação, ainda que implícita, do art. 7º, XVIII, da Constituição Federal originária. Se esse tivesse sido o objetivo da norma constitucional derivada, por certo a E.C. nº 20/98 conteria referência expressa a respeito. E, à falta de norma constitucional derivada, revogadora do art. 7º, XVIII, a pura e simples aplicação do art. 14 da E.C. 20/98, de modo a torná-la inconsistente, implicará um retrocesso histórico, em matéria social-previdenciária, que não se pode presumir desejado.

3. Na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R\$ 1.200,00 [...] por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira, facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora. Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da C.F./88), proibição, que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal. Estará, ainda, conclamado o empregador a oferecer à mulher trabalhadora, quaisquer que sejam suas aptidões, salário nunca superior a R\$ 1.200,00, para não ter de responder pela diferença. Não é crível que o constituinte derivado, de 1998, tenha chegado a esse ponto, na chamada Reforma da Previdência Social, desatento a tais consequências. Ao menos não é de se presumir que o tenha feito, sem o dizer expressamente, assumindo a grave responsabilidade.

4. A convicção firmada, por ocasião do deferimento da Medida Cautelar, com adesão de todos os demais Ministros, fi-

cou agora, ao ensejo deste julgamento de mérito, reforçada substancialmente no parecer da Procuradoria Geral da República.

5. Reiteradas as considerações feitas nos votos, então proférados, e nessa manifestação do Ministério Público federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade é julgada procedente, em parte, para se dar, ao art. 14 da Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, interpretação conforme à Constituição, excluindo-se sua aplicação ao salário da licença gestante, a que se refere o art. 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal.

6. Plenário. Decisão unânime.³⁰

Não obstante a natureza previdenciária do benefício, reconhecida pelo julgado, as normas impugnadas mantêm, sobre ele, incidência de contribuição previdenciária a cargo do empregador. A inconstitucionalidade é ainda mais patente por constituir hoje o salário-maternidade o único direito previdenciário sobre o qual incide contribuição previdenciária a cargo de empregador.

Aos argumentos de inconstitucionalidade acima expostos se alia, dessa forma, clara violação ao art. 195, I, a, da Constituição da República. A norma constitucional define como hipótese de incidência das contribuições sociais devidas por empregadores, para financiamento da seguridade social, o pagamento de **salários e demais rendimentos do trabalho**, pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhes preste serviço. Esse âmbito material de validade impede incidência de contribuição sobre benefícios pagos pela própria Previdência Social. Estabelece o dispositivo (sem destaque no original):

³⁰ STF. Plenário. ADI 1.946/DF. Rel.: Min. SYDNEY SANCHES. 3 abr. 2003, un. DJ, 16 maio 2003, p. 90. Sem destaque no original.

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I – **do empregador**, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional 20, de 15 de dezembro de 1998)

a) a **folha de salários** e demais rendimentos do trabalho **pagos ou creditados**, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; (Incluído pela Emenda Constitucional 20/1998) [...].

O art. 22, I, da Lei 8.212/1991, ao disciplinar a contribuição social devida por empregadores, define como hipótese de incidência a remuneração paga, devida ou creditada a qualquer título a segurados empregados ou trabalhadores avulsos que lhes prestem serviços, destinadas a retribuir o trabalho, quer pelo serviço efetivamente prestado, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador do serviço:

Art. 22. **A contribuição a cargo da empresa**, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

I – vinte por cento sobre o total das **remunerações pagas, devidas ou creditadas** a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, **destinadas a retribuir o trabalho**, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, **quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços**, nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa; (Redação dada pela Lei 9.876/1999); [...].

Parece sem dúvida, à luz desses elementos, que a hipótese de incidência da contribuição previdenciária é o pagamento de remuneração ao trabalhador, por serviços. Para gozo de licença-maternidade, a trabalhadora gestante afasta-se de suas atividades, deixa de prestar serviços e de receber salários do empregador, o que constitui típica hipótese de suspensão contratual. Nesse sentido, por exemplo, é a doutrina de ALICE MONTEIRO DE BARROS.³¹

Segundo consolidada doutrina trabalhista, **suspensão contratual** consiste na cessação temporária dos efeitos de contrato de trabalho, não obstante a continuidade do vínculo, fazendo cessar tanto a prestação de labor quanto o pagamento de remuneração. Efeito diverso decorre da **interrupção contratual**, em que, apesar da cessação temporária do labor, o empregado continua recebendo a remuneração paga pelo empregador. Esclarece-o, por exemplo, AMAURI MASCARO NASCIMENTO:

Nossa lei se utiliza de dupla terminologia, suspensão e interrupção, a nosso ver sem caráter substancial porque diz respeito unicamente aos efeitos e não ao conceito. **A figura tem um pressuposto comum, paralisação do trabalho, sendo diferentes os efeitos que a paralisação produzirá, especialmente quanto aos salários;** haverá interrupção quando devidos os salários, e suspensão quando não devidos. Essa é a linguagem do nosso direito, mas outra poderia ser sem alteração básica, chamando-se de suspensão remunerada ou não remunerada as duas hipóteses, ou suspensão parcial ou total, como fazem alguns doutrinadores.³²

³¹ BARROS, ALICE MONTEIRO. *Curso de Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 838.

³² NASCIMENTO, AMAURI MASCARO. *Curso de Direito do Trabalho*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Sem destaque no original.

Seguem na mesma esteira SÉRGIO PINTO MARTINS e AMADOR PAES DE ALMEIDA.³³

Considerando que no período da licença-maternidade o contrato de trabalho se encontra suspenso, sem prestação de trabalho nem pagamento de remuneração, não se pode configurar aí o fato gerador da contribuição social prevista no art. 195, I, *a*, da Constituição, e no art. 22, I, da Lei 8.212/1991.

Ao imputar artificiosamente ao salário-maternidade a qualidade de salário-de-contribuição, como fato gerador de contribuição previdenciária, a norma impugnada cria fonte de arrecadação previdenciária ao largo da disciplina constitucional e viola, ainda, as normas constitucionais que garantem políticas estatais de proteção ao mercado de trabalho da mulher (arts. 7º, XVIII, XX e XXX; 6º e 5º, I), além de afrontar o comando de norma internacional dotada de hierarquia supralegal, o art. 3, item 8, da Convenção 103 da OIT.

A eficácia e autoridade dessas normas constitucionais e convencional impõe afastar a incidência de contribuição previdenciária sobre o salário-maternidade, a fim de que seu custo integral seja solidariamente distribuído entre todos os contribuintes, em regime exclusivo de seguro social.³⁴

³³ MARTINS, SERGIO PINTO. *Comentários à CLT*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2008; ALMEIDA, AMADOR PAES DE. *CLT Comentada*. 5. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2008.

³⁴ O art. 28, IV, do Decreto 99.684, de 8 de novembro de 1990 (Regulamento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço [FGTS]), prevê obrigação de depósito do FGTS, a cargo do empregador, no período de licença-gestante. Em se tratando de norma regulamentar, de caráter secundário, não se encontra sujeita a fiscalização abstrata de constitucionalidade,

Pura e simples desconsideração do salário-maternidade como salário-de-contribuição vedaria considerá-lo para aquisição de outros benefícios previdenciários, como aposentadoria sob o regime geral contributivo (Constituição, art. 201). Igualmente afastaria o cômputo de seu tempo no contrato de trabalho, para os demais efeitos legais.

Diante do exposto, seria caso de aplicar ao § 2º e à alínea *a*, *in fine*, do § 9º do art. 28 da Lei 8.212/1991 a técnica de interpretação conforme a Constituição, para reconhecer ao salário-maternidade a qualidade de salário-de-contribuição apenas para autorizar incidência, sobre ele, de outros benefícios previdenciários, dele afastando a cobrança de contribuição previdenciária linear e específica, a cargo do empregador, nos moldes do art. 22, I, da Lei 8.212/1991.

Caberá ao legislador ordinário, diante dessa interpretação constitucional, promover universalização do custeio dessa contribuição, a fim de não recair sobre a mão de obra feminina a oneração direta específica, a qual desestimula sua inserção no mercado de trabalho e faz reduzir compensatoriamente sua remuneração.

Não obstante a matéria constitua objeto de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, pendente de julgamento no recurso extraordinário

consoante firme jurisprudência do STF (por exemplo, agravo regimental na arguição de descumprimento de preceito fundamental 169/DF, rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, *DJ*, 11 out. 2013; ADPF 55/DF, rel. Min. AYRES BRITTO, *DJ*, 30 ago. 2007; AgR/ADPF 93/DF, rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, *DJ*, 7 ago. 2009; AgR/ADPF 210/DF, rel. Min. TEORI ZAVASCKI, *DJ*, 21 jun. 2013).

576.967 (tema 72: “inclusão do salário-maternidade na base de cálculo da Contribuição Previdenciária incidente sobre a remuneração”),³⁵ a relevância e repercussão da inconstitucionalidade apontada recomendam ajuizamento desta ação de controle concentrado de constitucionalidade, a fim de gerar decisão com efeito vinculante.³⁶

³⁵ RE(RG) 576.967/PR, rel. Min. ROBERTO BARROSO.

³⁶ A importância de julgamento em controle concentrado de constitucionalidade por parte do Supremo Tribunal Federal revela-se, entre outros motivos, por decisão relativamente recente do Superior Tribunal de Justiça em sentido oposto ao desta petição inicial. No recurso especial 1.230.957/RS, no regime do art. 543-C do Código de Processo Civil, a decisão recebeu a seguinte ementa, no que interessa mais de perto a esta ação:
“PROCESSUAL CIVIL. RECURSOS ESPECIAIS. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA A CARGO DA EMPRESA. REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. DISCUSSÃO A RESPEITO DA INCIDÊNCIA OU NÃO SOBRE AS SEGUINTE VERTBAS: TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS; SALÁRIO MATERNIDADE; SALÁRIO PATERNIDADE; AVISO PRÉVIO INDENIZADO; IMPORTÂNCIA PAGA NOS QUINZE DIAS QUE ANTECEDEM O AUXÍLIO-DOENÇA. [...]”

1.3 Salário maternidade.

O salário maternidade tem natureza salarial e a transferência do encargo à Previdência Social (pela Lei 6.136/74) não tem o condão de mudar sua natureza. Nos termos do art. 3º da Lei 8.212/91, ‘a Previdência Social tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, idade avançada, tempo de serviço, desemprego involuntário, encargos de família e reclusão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente’. O fato de não haver prestação de trabalho durante o período de afastamento da segurada empregada, associado à circunstância de a maternidade ser amparada por um benefício previdenciário, não autoriza conclusão no sentido de que o valor recebido tenha natureza indenizatória ou compensatória, ou seja, em razão de uma contingência (maternidade), paga-se à segurada empregada benefício previdenciário correspondente ao seu salário, possuindo a verba evidente natureza salarial. Não é por outra razão que, atualmente, o art. 28, § 2º, da Lei 8.212/91 dispõe expressamente que o salário maternidade é considerado salário de contribuição. Nesse contexto, a incidência de contribuição

3. PEDIDO CAUTELAR

Os requisitos para concessão de medida cautelar estão presentes.

Sinal de bom direito (*fumus boni juris*) está suficientemente caracterizado pelos argumentos deduzidos nesta petição inicial e sobretudo pela existência de precedente do Pleno do Supremo

previdenciária sobre o salário maternidade, no Regime Geral da Previdência Social, decorre de expressa previsão legal.

Sem embargo das posições em sentido contrário, não há indício de incompatibilidade entre a incidência da contribuição previdenciária sobre o salário maternidade e a Constituição Federal. A Constituição Federal, em seus termos, assegura a igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações (art. 5º, I). O art. 7º, XX, da CF/88 assegura proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei. No que se refere ao salário maternidade, por opção do legislador infraconstitucional, a transferência do ônus referente ao pagamento dos salários, durante o período de afastamento, constitui incentivo suficiente para assegurar a proteção ao mercado de trabalho da mulher. Não é dado ao Poder Judiciário, a título de interpretação, atuar como legislador positivo, a fim estabelecer política protetiva mais ampla e, desse modo, desincumbir o empregador do ônus referente à contribuição previdenciária incidente sobre o salário maternidade, quando não foi esta a política legislativa.

A incidência de contribuição previdenciária sobre salário maternidade encontra sólido amparo na jurisprudência deste Tribunal, sendo oportuna a citação dos seguintes precedentes: REsp 572.626/BA, 1ª Turma, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, *DJ* de 20.9.2004; REsp 641.227/SC, 1ª Turma, Rel. Min. LUIZ FUX, *DJ* de 29.11.2004; REsp 803.708/CE, 2ª Turma, Rel. Min. ELIANA CALMON, *DJ* de 2.10.2007; REsp 886.954/RS, 1ª Turma, Rel. Min. DENISE ARRUDA, *DJ* de 29.6.2007; AgRg no REsp 901.398/SC, 2ª Turma, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, *DJe* de 19.12.2008; REsp 891.602/PR, 1ª Turma, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, *DJe* de 21.8.2008; AgRg no REsp 1.115.172/RS, 2ª Turma, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, *DJe* de 25.9.2009; AgRg no Ag 1.424.039/DF, 2ª Turma, Rel. Min. CASTRO MEIRA, *DJe* de 21.10.2011; AgRg nos EDcl no REsp 1.040.653/SC, 1ª Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, *DJe* de 15.9.2011; AgRg no REsp 1.107.898/PR, 1ª Turma, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, *DJe* de 17.3.2010. [...]

Tribunal Federal, citado (a ADI 1.945/DF, relator o Min. SYDNEY SANCHES), que julgou inconstitucional o custeio por empregadores de parte do valor do salário-maternidade, pelas mesmas razões invocadas nesta ação.

Perigo na demora processual (*periculum in mora*) decorre do fato de que, enquanto não suspensa a eficácia dos dispositivos impugnados, que faz incidir sobre o salário-maternidade contribuição previdenciária linear e específica, custeada pelo empregador, continuará a pesar sobre o acesso feminino ao mercado de trabalho o fator de oneração de sua mão de obra, em detrimento da garantia constitucional de igualdade de gênero, da dignidade humana em sua dimensão profissional e da plena possibilidade de mulheres se realizarem por meio do trabalho.

Embora a lei já tenha sido promulgada há anos, pondera o Procurador-Geral da República a possibilidade de superar, neste caso específico, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que em geral não defere medida cautelar em ADI contra normas relativamente antigas. É que a lei possui incidência contínua sobre a atividade econômica e restabelece sua lesividade a cada dia, precisamente pelo fato de onerar seguidamente a folha de remuneração.

Recurso especial de HIDRO JET EQUIPAMENTOS HIDRÁULICOS LTDA parcialmente provido, apenas para afastar a incidência de contribuição previdenciária sobre o adicional de férias (terço constitucional) concernente às férias gozadas.

Recurso especial da Fazenda Nacional não provido.

Acórdão sujeito ao regime previsto no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 – Presidência/STJ.” (Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. REsp 1.230.957/RS. Rel.: Min. MAURO CAMPBELL MARQUES. 26 fev. 2014, maioria. *DJe*, 18 mar. 2014).

ção de empregadas. Desse modo, mesmo estando vigente há tempos, a incidência da lei impugnada renova-se diuturnamente e faz ressurgir afronta aos preceitos indicados da Constituição da República.

Faz-se necessário, portanto, que a interpretação inconstitucional atribuída à norma seja o mais rapidamente possível suspensa em sua eficácia e, ao final, confirmada por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Por conseguinte, além do sinal de bom direito, há premência em que essa Corte conceda medida cautelar para esse efeito.

4. PEDIDOS E REQUERIMENTOS

Requer, de início, que esse Supremo Tribunal conceda, com a brevidade possível, em decisão monocrática e sem intimação dos interessados, medida cautelar para suspensão da eficácia das normas impugnadas, nos termos do art. 10, § 3º, da Lei 9.868/1999, a ser oportunamente submetida a referendo do Plenário.

Requer que se colham informações da Presidência da República e do Congresso Nacional e que se ouça a Advogada-Geral da União, nos termos do art. 103, § 3º, da Constituição da República. Superadas essas fases, requer prazo para manifestação da Procuradoria-Geral da República.

Requer que, ao final, seja julgado procedente o pedido, para aplicar ao art. 28, §§ 2º e 9º, alínea *a*, parte final, da Lei 8.212, de 24 de julho de 1991, a técnica da interpretação conforme a Cons-

tituição e reconhecer ao salário-maternidade a qualidade de salário-de-contribuição apenas para fim de cálculo de outros benefícios previdenciários, dele afastando incidência direta da contribuição previdenciária linear a cargo do empregador, prevista no art. 22, I, da mesma lei.

Brasília (DF), 17 de novembro de 2016.

Rodrigo Janot Monteiro de Barros

Procurador-Geral da República

RJMB/WCS/HSA-PI.PGR/WS/152/2016