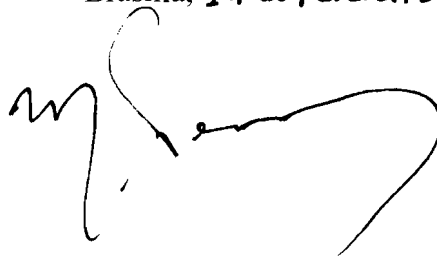


Mensagem nº 37

Senhora Presidente do Supremo Tribunal Federal,

Para instruir o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.626, tenho a honra de encaminhar a Vossa Excelência as informações em anexo, elaboradas pela Advocacia-Geral da União.

Brasília, 14 de fevereiro de 2017.

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized 'M' followed by a long, sweeping horizontal line that curves upwards at the end.

PROCESSO Nº 00688.001151/2016-79

ORIGEM: STF - Ofício nº 4.119/R, de 15 de dezembro de 2016.

RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

ASSUNTO: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.626

Despacho da Advogada-Geral da União

Adoto, nos termos do Despacho do Consultor-Geral da União, para os fins e efeitos do art. 4º, inciso V, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, as anexas **INFORMAÇÕES** Nº 00028/2017/NUINP/CGU/AGU-RMS, elaboradas pelo Advogado da União Dr. RICARDO CRAVO MIDLEJ SILVA.

Brasília, **14** de fevereiro de 2017.


GRACE MARIA FERNANDES MENDONÇA
Advogada-Geral da União



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO**

DESPACHO DO CONSULTOR-GERAL DA UNIÃO Nº 00071/2017

PROCESSO: 00688.001151/2016-79

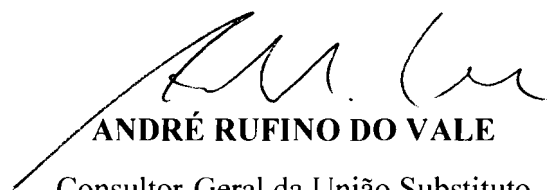
ORIGEM: STF – Ofício nº 4.119/R, de 15 de dezembro de 2016.

ASSUNTO: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5626

Estou de acordo com as INFORMAÇÕES nº 00028/2017/NUINP/CGU/AGU-RMS.

À elevada consideração de Sua Excelência a Senhora Advogada-Geral da União.

Brasília, 9 de fevereiro de 2017.


ANDRÉ RUFINO DO VALE
Consultor-Geral da União Substituto



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO**

DESPACHO Nº 30/2017/NUINP/CGU/AGU

NUP: 00688.001151/2016-79

REF à: Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 5626

REQUERENTE: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

ASSUNTO: impugnação ao art. 28, §§ 2.º e ao art. 9.º, alínea a, parte final, da Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1991, que fazem incidir contribuição previdenciária, devida pelo empregador, sobre o salário-maternidade, encargo este transferido para a Previdência Social.

Aprovo as INFORMAÇÕES n. 0028/2017/NUINP/CGU/AGU-RMS, da lavra do Advogado da União, do Dr. Ricardo Midlej Silva, as quais, se aprovadas pela autoridade superior, poderão ser apresentadas ao Supremo Tribunal Federal, a título de informações do Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para subsidiar o julgamento da ADI nº 5626, pelo que submeto dita manifestação à elevada consideração do Senhor Consultor-Geral da União.

Brasília, 9 de fevereiro de 2017.

A assinatura manuscrita de Célia Maria Cavalcanti Ribeiro, escrita em tinta preta, com uma caligrafia fluida e elegante.

CÉLIA MARIA CAVALCANTI RIBEIRO
Consultora da União
Responsável pelo NUINP/CGU/AGU



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO**

INFORMAÇÕES N.º 00028/2017/NUINP/CGU/AGU-RMS

PROCESSO N.º 00688.001151/2016-79

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N.º 5626

REQUERENTE: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

REQUERIDOS: PRESIDENTE DA REPÚBLICA E CONGRESSO NACIONAL

RELATOR: MINISTRO CELSO DE MELLO

Senhor Consultor-Geral da União,

O Procurador-Geral da República propõe ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida liminar, contra o art. 28, §§ 2.º e 9.º, alínea a, parte final, da Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1991, que fazem incidir contribuição previdenciária, devida pelo empregador, sobre o salário-maternidade, nada obstante a transferência desse encargo para a Previdência Social.

A AÇÃO

2. Segundo o Requerente, as normas impugnadas 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. 7.º, incisos XVIII, XX e XXX, no art. 6.º e no art. 5.º, inciso I e § 2.º, da Constituição da República, além de afrontar o art. 195, I, alínea a, da Constituição (com a redação da E.C. n.º 20, de 15 de dezembro de 1998), que conceitua a contribuição previdenciária a cargo do empregador.

Dmes

3. Nessa linha de ideias, as disposições em questão, ao prever a 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 o aumento do custo de sua mão de obra, comparativamente à masculina.

4. Em auxílio à sua tese, o Procurador-Geral da República invoca, ainda, a Convenção 103 da Organização Internacional do Trabalho, de acordo com a qual “*em hipótese alguma, deve o empregador ser tido como pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas às mulheres que empregue*”.

5. Postula o Requerente, assim, a concessão de medida cautelar para suspensão da eficácia das normas impugnadas, e, ao final, seja julgado procedente o pedido, para aplicar ao art. 28, §§ 2.º e 9.º, alínea a, parte final, da Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1991, a técnica da interpretação conforme à Constituição e reconhecer ao salário-maternidade a qualidade de salário-de-contribuição apenas para o fim de cálculo de outros benefícios previdenciários, dele afastando a incidência direta da contribuição previdenciária linear a cargo do empregador, prevista no art. 22, I, da mesma Lei.

6. Por decisão de 2 de dezembro de 2016, o e. Ministro CELSO DE MELLO, relator, indeferiu a medida cautelar postulada, à vista do lapso temporal decorrido desde a edição da Lei n.º 8.212, e adotou o rito previsto no art. 12 da Lei n.º 9.868, de 1999, determinando a oitiva dos órgãos de que emanou o diploma impugnado, no prazo de 10 dias.

OS SUBSÍDIOS OFERECIDOS PELOS ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO ENVOLVIDOS COM O TEMA

7. Provocada pela Consultoria-Geral da União, a Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Previdência Social encaminhou Nota elaborada pela Secretaria de Políticas de Previdência Social daquela Pasta, reproduzida a seguir, no essencial:

“(…)

6. A tese levantada na ADI n.º 5.626-DF, no sentido de que o § 2.º do art. 28 da Lei n.º 8.212/1991, não abranja a inclusão do valor referente ao salário-maternidade na base de cálculo da Contribuição Previdenciária incidente sobre a remuneração, mas tão somente para o cálculo dos outros benefícios, não merece

prosperar, na medida em que desvirtua o sentido e a finalidade da contribuição previdenciária, que se presta não só para fins de financiamento de todo o sistema Securitário, mas igualmente para a manutenção de renda do trabalhador e de seus dependentes quando o segurado se encontrar desprovido de meios para assegurar o seu próprio sustento.

7. Conforme se extrai da petição inicial, verifica-se, dentre outros argumentos, que a Ação visa garantir o equilíbrio entre a proteção à maternidade e do mercado de trabalho feminino.

8. Tal fio condutor da presente proposta decorre do fato de se partir de pressupostos equivocados, desvirtuando o sentido da contribuição para o sistema previdenciário em favor não do trabalhador, mas sim dos empregadores. Portanto, na primeira parte desta manifestação, faz-se oportuno tecer algumas reflexões sobre a forma de cálculo dos benefícios previdenciários.

9. Isso porque a relação jurídica previdenciária é composta, em realidade, por um complexo de relações jurídicas com ao menos dois objetos: pagamento de contribuições e prestação de benefícios. Tais objetos se traduzem em obrigações de contribuir enquanto sujeitos passivos das normas tributárias e de usufruir de benefícios e serviços enquanto sujeitos ativos das prestações previdenciárias.

10. No âmbito das normas e princípios que norteiam a organização e o funcionamento do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, o ponto de encontro mais próximo e imediato entre as contribuições vertidas para o sistema e a concessão de benefícios reside no salário de contribuição. Conforme já adiantado, tal construto se revela simultaneamente como a base de incidência da tributação para fins de custeio da Previdência Social e a base do salário de benefício devido ao trabalhador-segurado.

11. Portanto, se o salário de contribuição for analisado somente do ângulo da tributação é possível compreender a boa intenção de reduzir a incidência da contribuição social previdenciária sobre o salário-maternidade.

12. No entanto, tal análise possui uma natural limitação que impossibilita compreender o seu verdadeiro alcance. É sabido que a cobertura previdenciária se volta tradicionalmente para aqueles que de diversas maneiras vertem contribuições para o sistema nos termos estabelecidos em lei. Por isso, em regra, excluir a possibilidade de o trabalhador contribuir com base em determinada base de cálculo traduz-se, em última análise, na exclusão desse trabalhador do sistema durante esse período. Se quem não contribui não se encontra amparado pela Previdência Social, a exclusão da contribuição significa que tal base não será considerada para fins de cálculo do benefício.

13. Nesse contexto, cumpre perquirir se, de fato, o segurado poderia vir a ser beneficiado por tal proposta. Assim, note-se que, além das peculiaridades aqui já expostas sobre o salário de contribuição, existe outra característica no âmbito da tributação de suma importância para se entender as repercussões da presente proposição.

*14. A licença à gestante, sem prejuízo do emprego **e do salário**, constitui direito do trabalhador garantido pela Constituição Federal, conforme inciso XVIII do art. 7.º. Como forma de não onerar demasiadamente o empregador e garantir a proteção a todas as categorias de segurados, a previdência social reconhece o direito ao salário-maternidade, que, por sua natureza precípua salarial, representa também base de cálculo de contribuição previdenciária.*

Deves

15. O financiamento da Previdência Social é constituído, em essência, pelas contribuições sociais incidentes sobre a folha de salários, por força do art. 195, I, "a", e II, da CF/88, verbis:

'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:

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;

(..)

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; ' (Grifos nossos)

16. Coube à Lei de Custeio da Previdência Social (Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1991) a regulamentação desses dispositivos constitucionais, notadamente, o art. 22, inciso I, e § 2.º (contribuição da empresa) e o art. 28, inciso I, e § 9.º (contribuição do empregado), verbis:

'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.

(..)' (Grifos nossos)

17. A base de cálculo da contribuição previdenciária do empregado é denominada de salário-de-contribuição e encontra-se definida no art. 28:

'Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição:

I - para o empregado e trabalhador avulso: **a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título**, durante o mês, destinados 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;

(..)' (Grifos nossos)

18. Como pode ser observado, de forma geral, a remuneração do trabalhador é considerada legalmente como base de cálculo para fins de contribuição do trabalhador e de tributação da empresa. Daí que, caso se retire o salário-

Deves

maternidade da incidência de contribuição, tanto o segurado quanto a empresa, estarão desobrigados a recolher a contribuição sobre esses valores. É de se concluir, portanto, que a ADI proposta beneficia muito mais às empresas do que aos seus empregados.

19. Há de se ressaltar, ainda, que considerar o tempo de recebimento do salário-maternidade sem contribuição para fins de concessão de benefício previdenciário, estar-se-á diante de utilização de tempo fictício, o que é vedado conforme § 10 do art. 40 da Carta Magna. Tal intento, também, contraria o disposto no § 5º do art. 195, da Constituição que dispõe que 'Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.'

20. Considerando os preceitos fixados pela Constituição ao tratar da Previdência Social, acrescenta-se os argumentos assentados na inobservância da disposição que prevê a previdência social organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados **critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial** (art. 201, caput) e na Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF (Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000), que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal.

21. Conforme sabido, historicamente a Lei de Responsabilidade Fiscal surge na virada do século como verdadeiro mecanismo de contenção dos gastos públicos com base na disciplina fiscal, que consiste na gestão planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a **obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita da seguridade social** e outras operações (art. 1.º da Lei Complementar n.º 101, de 2000).

22. No que tange especificamente à renúncia de receita da seguridade social, o art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal é inequívoco ao dispor sobre a necessidade de estimativa do impacto orçamentário-financeiro.

'Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições:

I - demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias;

II - estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no caput, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

§ 1.º A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado." (Grifos nossos)

23. Faz-se oportuno destacar que a hermenêutica jurídica aplicada no âmbito da legislação previdenciária requer, tanto do intérprete da lei quanto do próprio legislador, uma constante análise fundamentada simultaneamente sobre o aspecto social e critérios matemáticos. Tal premissa deve se revelar inclusive quando se

trata de um benefício aparentemente fiscal como o pretendido pela ação, motivo pela qual a atenção ao impacto-orçamentário é da máxima importância.

24. No caso em análise, a proposta veiculada na ação, contraria a uma só tempo o disposto expressamente na Lei de Responsabilidade Fiscal e os preceitos constitucionais e doutrinários que formam a base da técnica de proteção previdenciária de forma a assegurar a manutenção econômica do sistema.

25. Nesse sentido, outro aspecto que merece destaque é o fato de que a perda de arrecadação, ao contrário do que possa inicialmente parecer, seria extremamente onerosa para o RGPS.

26. Isso porque, conforme visto, sobre os valores que constituem o salário de contribuição incide as alíquotas de contribuição tanto do empregado quanto do empregador.

27. De acordo com o previsto no caput do art. 194 da Constituição, a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade destinado a assegurar os direitos relativos à saúde, à assistência social e à previdência social.

28. Embora existam contribuições sociais destinadas ao custeio das três áreas de atuação estatal, as contribuições do empregador sobre a folha de salários e dos segurados da previdência social possuem destinação vinculada ao custeio das despesas com pagamento de benefícios do RGPS, virtude do disposto no art. 167, XI, da Constituição. Dessa maneira, a proposta veiculada na ADI, em realidade, extingue uma fonte de custeio direta do RGPS sem qualquer indicativo do real impacto da medida.

29. Visando ter uma noção sobre referido impacto, esta área técnica solicitou à Coordenação Geral de Estatística, Demografia e Atuária - CGEDA, desta Secretaria, estimativa de impacto orçamentário decorrente da ADI, tendo sido elaborada em resposta à solicitação, a Nota Técnica n.º 13/2016/MF/SPPS/CGEDA (cópia anexa), a qual, conclui da forma como segue:

‘(..)

De acordo com os dados apresentados, o valor total do recolhimento ao RGPS referente à cota patronal calculada sobre a remuneração das empregadas em licença maternidade não é desprezível. De fato, de acordo com os dados de 2014, que são os consolidados mais recentes, o recolhimento estimado referente a essa situação atingiu R\$1.29 bilhão e em 2015, sendo que esses dados estão sujeitos a revisão posterior a ser publicada no próximo AEPS, o valor estimado foi de R\$1.17 bilhão e em 2015, sendo que esses dados estão sujeitos a revisão posterior a ser publicada no próximo AEPS, o valor estimado foi de R\$ 1,17 bilhão.

Portanto, no caso do recolhimento da cota patronal ser efetivamente isentado no caso das empregadas afastadas por licença maternidade, pode-se esperar uma queda considerável na arrecadação total do RGPS, agravando ainda mais a situação atual do regime em termos de equilíbrio financeiro.

(..).’ (Grifos nossos)

30. Diante desse contexto, e tendo em vista a busca permanente de critérios de gestão que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial do RGPS, é de se concluir que a tese levantada na ADI nº 5.626-DF, no sentido de que o § 2.º do art. 28 da Lei n.º 8.212/1991, não abranja a inclusão do valor referente ao salário-maternidade na base de cálculo da Contribuição Previdenciária incidente sobre a

*remuneração, mas tão somente para o cálculo dos outros benefícios, contraria os interesses da Previdência Social e de toda a sociedade, na medida em que gera um impacto financeiro nas contas públicas estimado em **mais de R\$ 1 bilhão de reais por ano**, sem previsão de medida de compensação apta a balancear os efeitos decorrentes da redução de receita.*

31. Não sobeja lembrar que são os próprios cidadãos que arcam com as consequências de eventual elevação do denominado "gasto social", neste caso em razão da exclusão de receita previdenciária, pois o ônus recairia sobre a conta do Tesouro Nacional.

32. Aliás, já é de amplo conhecimento as dificuldades enfrentadas pelo RGPS, em seus atuais moldes, para manter minimamente o equilíbrio financeiro necessário para a busca da sustentabilidade do sistema.

33. Assim, a proposta veiculada na ADI acarreta renúncia fiscal, contrariando os princípios constitucionais da contributividade, do equilíbrio financeiro, da contraprestação dos benefícios previdenciários e o disposto no art. 14 da Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000, em prejuízo do interesse público, notadamente da Previdência Social e de seus beneficiários.

34. Uma vez estabelecido que o salário de contribuição constitui a base de cálculo das contribuições previdenciárias e parâmetro inicial para se calcular o valor dos benefícios devidos aos segurados, que não está limitado ao teto do RGPS como os demais benefícios, o que agravaria a situação do RGPS, cumpre analisar o conceito próprio e singular dado pela legislação previdenciária ao salário de contribuição que legitima a incidência de contribuição sobre o salário-maternidade.

35. Diante do exposto, esta área técnica previdenciária entende que o disposto no § 2º do art. 28 da Lei n.º 8.212/1991 é constitucional, e que a proposta veiculada na ADI contraria previsões contidas no § 10 do art. 40; no § 5.º do art. 195; e no art. 201, ambos da Constituição Federal e na Lei de Responsabilidade Fiscal. Entretanto, destaca-se que manifestações conclusivas sobre a matéria dependem de oitiva da Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB, a quem compete nos termos do art. 2.º da Lei n.º 11.457, de 16 de março de 2007, planejar, executar, acompanhar e avaliar as atividades relativas à tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança e recolhimento das contribuições sociais."

8. A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, por seu turno, enviou à Consultoria-Geral da União a substancial Nota/PGFN/CASTF/N.º 48/2017 (anexa), da qual nos permitimos destacar os seguintes pontos (os grifos são do original), sem prejuízo da consideração de seu inteiro teor:

a) A questão se encontra sob análise do Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral reconhecida (RE n.º 576.967-PR);

b) O que se questiona na presente ação direta é a **contribuição devida pelo empregador** em decorrência do contrato de trabalho com a empregada na vigência do salário-maternidade, exação prevista no art. 22 da Lei n.º 8.212, de 1991. No entanto, o art. 28 e parágrafos da mencionada Lei disciplinam o

salário-contribuição utilizado como base para a incidência da **contribuição devida pelo segurado empregado**. Dessa forma, é indispensável destacar a impropriedade do pedido de declaração de inconstitucionalidade de disposições do citado art. 28;

c) A alegação baseada nos direitos da gestante a adequado acesso ao mercado de trabalho traz como consequência lógica o reconhecimento de omissão do legislador em criar regras que tutelem de forma mais intransigente a igualdade entre os sexos, em face da função reprodutiva da mulher. Poderia o legislador fazê-lo criando a regra de isenção requerida pela Procuradoria-Geral da República ou utilizar outro expediente que não sobrecarregasse o orçamento público e comprometesse objetivos sociais concorrentes (por exemplo, uma saída conhecida, utilizada por vários países, é a licença parental conjunta que pode ser dividida, livremente, entre os genitores, independentemente do sexo). Assim, o que se deveria pleitear, com amparo em tal fundamento, é o reconhecimento de omissão do legislador em tornar efetivo determinado direito constitucional, fato que, ainda que declarado judicialmente, não implicaria, de forma alguma, criação da pretendida hipótese de isenção no bojo do art. 22 da Lei n.º 8.212/1991. Observe-se que a isenção dos demais *benefícios da seguridade social*, ao contrário do que ocorre no caso da licença-maternidade, é regra expressa, contida no art. 22, § 2.º, da Lei n.º 8.212.

d) Em síntese, sustenta a petição inicial que a incidência da contribuição previdenciária no período da licença maternidade gera um desincentivo à contratação de mulheres no mercado de trabalho e redução da média de vencimentos dessas, do que resultaria a violação aos dispositivos constitucionais indicados. No entanto, são inúmeros os equívocos das mencionadas alegações: i) desprezam o manifesto e enorme esforço orçamentário que tem realizado o governo e os contribuintes brasileiros para sustentar um efetivo e, comparativamente, generoso programa de proteção à maternidade e de atenuação das desigualdades socioeconômicas entre os sexos, incluída, aí, a defesa da participação da mulher no mercado de trabalho; ii) ignoram os dados disponíveis sobre a participação da mulher no mercado de trabalho e as consequências da licença-maternidade; iii) ignoram e contradizem manifestação da OIT citadas na própria petição inicial (!); iv) sustentam a possibilidade de controle concentrado de constitucionalidade em face de tratado internacional, independentemente do processo de internalização das referidas normas, ao arrepio do parágrafo 3.º, do art. 5.º da Constituição de 1988;

e) Observe-se que **o próprio informe da OIT citado na inicial, a fls. 12, confirma que são adequados e satisfatórios os esforços brasileiros na tutela da participação da mulher no mercado de trabalho**. Afirma-se ali que *‘o custo adicional de empregar uma mulher e 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’*. Afinal conclui que *‘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*

Dever

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.’ Ora, é absolutamente incompreensível como, com base em tal manifestação da Organização Internacional do Trabalho, julgue a petição inicial que são inadequados e insuficientes os esforços brasileiros para conferir igualdade de tratamento à mulher no mercado de trabalho. O texto nela citado diz justamente o contrário!;

f) Como se não bastassem os altos custos assumidos pelo povo brasileiro para custear um sistema de proteção à maternidade amplo e generoso – que garante, no mínimo, 120 dias de licença remunerada pelo governo à taxa de 100% (cem por cento) dos salários habituais (independentemente do nível salarial) –, investimento superior ao realizado pelas maiores economias do mundo, em detrimento de várias carências, dramáticas e urgentes, da população mais pobre, a inicial limita-se a trabalhar no campo das cogitações. Expõe-se que, por remanescer uma desvantagem marginal para o empregador no mercado de trabalho, seria essa a causa da menor participação relativa da mulher nos rendimentos do mercado de trabalho. Nenhum dado concreto é trazido para confirmar tal proposição;

g) Os resultados de pesquisas empíricas sobre a matéria trazem conclusões diametralmente diversas das deduzidas na petição inicial da ação direta. Em artigo denominado *“Os efeitos do aumento da licença-maternidade sobre o salário e o emprego da mulher no Brasil”*, resultado de pesquisa patrocinada pelo IPEA, assevera-se que, muito embora a Constituição de 1988 tenha ampliado consideravelmente o período de tal direito, aumentando, em tese, o custo para o empregador, não é possível identificar efeitos negativos decorrentes de tal mudança. As conclusões ali expostas são claras:

‘Começamos mostrando, com base na literatura teórica sobre o tema, que o efeito de tal legislação é ambíguo *a priori*, o que torna a questão de avaliar seus impactos puramente empírica. Por um lado, a legislação sobre licença-maternidade pode ter um reflexo negativo sobre as mulheres em idade fértil porque impõe custos sobre os empregadores. Por outro, representa um benefício e desloca a oferta de trabalho para cima. Finalmente, pode haver um possível efeito positivo sobre os salários das mulheres, na medida em que a legislação possibilita um maior acúmulo de capital humano ao permitir que a trabalhadora evite se retirar da força de trabalho cada vez que engravida.

Na parte empírica, utilizando dados da PME, buscamos avaliar os efeitos do aumento da licença-maternidade através da metodologia de diferenças em diferenças, que explora a expectativa de que a alteração na legislação tenha tido impactos diversos para diferentes grupos de trabalhadores.

As evidências aqui mostradas indicam que os efeitos da alteração constitucional foram bastante reduzidos, tanto sobre os salários quanto sobre o emprego.

O pequeno impacto sobre os salários é semelhante aos resultados encontrados em outros países e corroboram a conclusão de que o aumento do período de licença-maternidade parece ter representado um reduzido aumento de custos aos empregadores. Por outro lado, não encontramos evidências de que o aumento da licença-maternidade tenha elevado a retenção das mulheres no mercado de trabalho, ou mesmo sua oferta de trabalho. Esse resultado talvez possa ser atribuído ao fato de que o aumento do período de licença-maternidade talvez não tenha sido expressivo o suficiente para alterar as decisões das mulheres no mercado de trabalho.

Podemos argumentar, por exemplo, que a maior parte das trabalhadoras para as quais o retorno ao mesmo empregador é relevante já tomava essa decisão antes do aumento da licença. De qualquer

modo, apresentamos evidências de que o aumento do período de licença-maternidade, que é um benefício importante na proteção da mulher no mercado de trabalho, bem como na proteção da saúde da mãe e do recém-nascido, não gera incentivos que aumentem a ação discriminatória em relação à mulher no mercado de trabalho. Dessa forma, propostas que visem alongar o período de licença-maternidade podem ser positivas, uma vez que o custo em termos de distorções no mercado de trabalho parece ser pequeno, enquanto uma extensa literatura na área de saúde fornece subsídios para se crer que o usufruto desse benefício tende a ser bastante grande para mães e recém-nascidos. Os custos fiscais de tais propostas devem ser considerados para termos uma visão mais completa dos custos e benefícios de alterações nessa legislação. (...);

h) Dessa forma, resta evidente que as alegações da inicial, ao sustentar a insuficiência da legislação vigente sobre a proteção à maternidade, à gestante e ao acesso da mulher ao mercado de trabalho, além de revelar falta de conhecimento dos esforços brasileiros na tutela dos referidos objetivos constitucionais – os quais vão muito além do que se propõem fazer nações com IDH infinitamente mais alto –, desconsidera qualquer análise empírica e todos os problemas relacionados à identificação de causalidade para comprovar tais alegações. Como afirmado naquele trabalho, o salário maternidade **serve, também, de estímulo para que a mulher entre no mercado de trabalho**, não aumentando, significativamente, o custo da mão de obra, nem influenciando negativamente na produtividade da mulher;

i) Além de a Convenção 103 da OIT não possuir *status* constitucional, já que sua internalização não seguiu o rito previsto no parágrafo 3.º do art. 5.º da Constituição, o sistema brasileiro não apresenta nenhuma contradição com o item 8 do artigo 4 daquela Convenção, segundo o qual *‘em hipótese alguma, deve o empregador ser tido como pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas às mulheres que ele emprega’*. O dispositivo é claro ao assentar que o empregador não deve ser responsável pelo pagamento do benefício, exatamente como ocorre no Brasil. O pagamento é realizado à custa do Estado. Ocorre, no entanto, que os recursos públicos são extraídos da sociedade brasileira, e o empregador é, também, contribuinte. Dessa forma, como contribuinte, o empregador custeia, juntamente com os demais, o sistema de amparo à maternidade e ao trabalho da mulher. **O já citado informe da OIT, mencionado pela própria Procuradoria-Geral da República, é cristalino ao afirmar que tal modelo é perfeitamente adequado, pois ‘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’**. Ou seja, independentemente do número de mulheres empregadas, a contribuição do empregador será similar;

j) Resta claro, portanto, que não deve prosperar a pretensão inicial no que tange ao primeiro ponto alegado, pois: i) a proteção outorgada à maternidade e ao mercado de trabalho da mulher no Brasil é das mais generosas do mundo, e a forma de custeio é adequada; ii) a licença-maternidade não distorce o mercado de trabalho em desfavor da mulher; iii) a Convenção 103 da OIT não é padrão de controle de constitucionalidade, e, mesmo que fosse, é estritamente cumprida; iv) não é a ação direta de inconstitucionalidade o meio adequado para suprir eventual omissão parcial inconstitucional mediante a edição de norma de isenção, dado que, além da necessidade de preservação da separação

e harmonia dos Poderes, eventual omissão pode ser sanada de múltiplas formas, mais adequadas e menos custosas para o povo brasileiro:

k) Ao contrário do que assevera a petição inicial, a base determinada no art. 195, inciso I, alínea a, da Constituição é suficientemente ampla para englobar o salário-maternidade pago durante o período de inatividade da gestante. É que, se a quantia é devida à gestante, no valor de seu salário e em razão de vínculo empregatício, é inequívoco que o salário-maternidade decorre diretamente da relação de emprego, sendo, portanto, “rendimento do trabalho”. Excetuados os segurados facultativos, que não exercem atividade remunerada e cujo benefício recebido durante a gravidez não guarda vinculação com os rendimentos do trabalho, todas as demais hipóteses de pagamento decorrem do trabalho exercido – o que evidencia a íntima relação e dependência entre o salário-maternidade e o trabalho exercido;

l) Ademais, há uma relação histórica entre a verba e a atividade profissional da gestante. Como exposto na inicial, salário maternidade consistia em incumbência do empregador até o advento da Lei n.º 6.136/74. Sob a influência da Convenção n.º 103 da OIT, esse ônus foi transferido à previdência social, o que não retirou seu caráter remuneratório, em concepção ampla. É nesse sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acerca da controvérsia relativa à Lei n.º 8.212;

m) Em se tratando de verba que substitui a remuneração no período da atividade, guardando relação com o trabalho prestado e seu valor, é evidente que o salário-maternidade se enquadra no disposto no art. 195, inciso I, alínea a, da Constituição.

CONCLUSÃO

9. Diante do exposto, patente a harmonia dos dispositivos impugnados da Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1991, com as garantias constitucionais de proteção à maternidade e ao direito das mulheres de acesso ao mercado de trabalho, previstas no art. 7.º, incisos XVIII, XX e XXX, bem como com os arts. 5.º, inciso I e § 2.º; 6.º e 195, I, alínea a, todos da Constituição da República – e até mesmo com a Convenção n.º 103 da Organização Internacional do Trabalho (Convenção Relativa ao Amparo à Maternidade) –, e, de resto, ante o risco de exacerbação do desequilíbrio financeiro hoje verificado na previdência social, com o impacto anual estimado em R\$ 1,17 bilhão, em caso de procedência, não deve prosperar a presente ação direta de inconstitucionalidade.

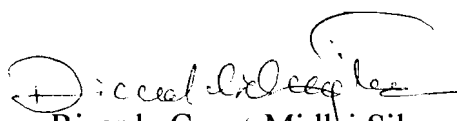
10. São esses, Senhor Consultor-Geral da União, os argumentos reunidos a partir dos imprescindíveis subsídios encaminhados pela Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Previdência Social e pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, os

Daniel

quais propomos sejam apresentados ao Colendo Supremo Tribunal Federal, a título de informações no processo de Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5626-DF.

À consideração superior.

Brasília-DF, 9 de fevereiro de 2017



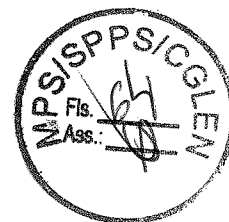
Ricardo Cravo Midlej Silva
Advogado da União

Anexos:

- Nota CGLEN n.º 03/2017, da Secretaria de Políticas de Previdência Social
- NOTA/PGFN/CASTF/N.º 48/2017, Da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional



PREVIDÊNCIA SOCIAL
MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL



NOTA CGLEN Nº 03 /2017

Em 5 / 01 / 2017

Ref. : Memorando nº 00289/2016/CONJUR-MPS/PGFN/MF, de 23 de dezembro de 2016.
(Comando nº 432474763/2016, apensado o de nº 432708515/2016))

Int. : Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Previdência Social.

Ass. : Encaminha cópia do Memorando nº 00207/2016/NUINP/CGU/AGU, de 23 de dezembro de 2016, oriundo do Núcleo de Informações Presidenciais – Consultoria-Geral da União, que informa sobre a propositura da ADI nº 5.626-DF.

A Douta Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Previdência Social, por meio do Memorando nº 00289/2016/CONJUR-MPS/PGFN/MF, de 23 de dezembro de 2016, encaminha cópia do Memorando nº 00207/2016/NUINP/CGU/AGU, de 23 de dezembro de 2016, oriundo do Núcleo de Informações Presidenciais – Consultoria-Geral da União, que informa sobre a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI nº 5.626-DF, e solicita o fornecimento dos subsídios requeridos neste Memorando até o dia 11/01/2017.

2. Referida Ação fora proposta pelo Procurador-Geral da República, objetivando, em síntese, que seja dada *“interpretação conforme Constituição do § 2º, do artigo 28, da Lei nº 8.212/1991, no sentido de que tal norma não abranja a inclusão do valor referente ao salário-maternidade na base de cálculo da Contribuição Previdenciária incidente sobre a remuneração, mas tão somente para o cálculo dos outros benefícios.”*

3. **É o relato necessário.**

4. Inicialmente, ressalte-se que compete à Secretaria da Receita Federal do Brasil – SRFB, nos termos do art. 2º da Lei nº 11.457, de 16 de março de 2007, planejar, executar, acompanhar e avaliar as atividades relativas a tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança e recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas “a”, “b” e “c” do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212, de 1991 – Lei de Custeio da Seguridade Social.

5. Contudo, tal ressalva não obsta o pronunciamento por parte desta Secretaria de Previdência, porquanto, embora o expediente em apreço trate de assunto de natureza tributária – não incidência de contribuição previdenciária sobre os valores recebidos pelos segurados a título de salário-maternidade –, há de se considerar que o salário de contribuição constitui, a um só tempo, a base de cálculo para fins de custeio e etapa inicial para se calcular o valor do salário de benefício dos segurados, o que oportuniza a manifestação desta Secretaria a respeito dos aspectos previdenciários nos seguintes termos.

6. A tese levantada na ADI nº 5.626-DF, no sentido de que o § 2º do art. 28 da Lei nº 8.212/1991, não abranja a inclusão do valor referente ao salário-maternidade na base de cálculo da Contribuição Previdenciária incidente sobre a remuneração, mas tão somente para o cálculo dos outros benefícios, não merece prosperar, na medida em que desvirtua o sentido e a finalidade da contribuição previdenciária, que se presta não só para fins de financiamento de todo o sistema securitário, mas

igualmente para a manutenção de renda do trabalhador e de seus dependentes quando o segurado se encontrar desprovido de meios para assegurar o seu próprio sustento.

7. Conforme se extrai da petição inicial, verifica-se, dentre outros argumentos, que a Ação visa garantir o equilíbrio entre a proteção à maternidade e do mercado de trabalho feminino.

8. Tal fio condutor da presente proposta decorre do fato de se partir de pressupostos equivocados, desvirtuando o sentido da contribuição para o sistema previdenciário em favor não do trabalhador, mas sim dos empregadores. Portanto, na primeira parte desta manifestação, faz-se oportuno tecer algumas reflexões sobre a forma de cálculo dos benefícios previdenciários.

9. Isso porque a relação jurídica previdenciária é composta, em realidade, por um complexo de relações jurídicas com ao menos dois objetos: pagamento de contribuições e prestação de benefícios. Tais objetos se traduzem em obrigações de contribuir enquanto sujeitos passivos das normas tributárias e de usufruir de benefícios e serviços enquanto sujeitos ativos das prestações previdenciárias.

10. No âmbito das normas e princípios que norteiam a organização e o funcionamento do Regime Geral de Previdência Social – RGPS, o ponto de encontro mais próximo e imediato entre as contribuições vertidas para o sistema e a concessão de benefícios reside no salário de contribuição. Conforme já adiantado, tal construto se revela simultaneamente como a base de incidência da tributação para fins de custeio da Previdência Social¹ e a base do salário de benefício devido ao trabalhador-segurado.

11. Portanto, se o salário de contribuição for analisado somente do ângulo da tributação é possível compreender a boa intenção de reduzir a incidência da contribuição social previdenciária sobre o salário-maternidade.

12. No entanto, tal análise possui uma natural limitação que impossibilita compreender o seu verdadeiro alcance. É sabido que a cobertura previdenciária se volta tradicionalmente para aqueles que de diversas maneiras vertem contribuições para o sistema nos termos estabelecidos em lei. Por isso, em regra, excluir a possibilidade de o trabalhador contribuir com base em determinada base de cálculo traduz-se, em última análise, na exclusão desse trabalhador do sistema durante esse período. Se quem não contribui não se encontra amparado pela Previdência Social, a exclusão da contribuição significa que tal base não será considerada para fins de cálculo do benefício.

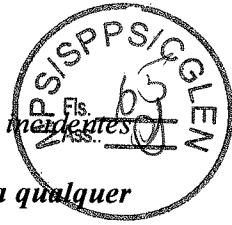
13. Nesse contexto, cumpre perquirir se, de fato, o segurado poderia vir a ser beneficiado por tal proposta. Assim, note-se que, além das peculiaridades aqui já expostas sobre o salário de contribuição, existe outra característica no âmbito da tributação de suma importância para se entender as repercussões da presente proposição.

14. A licença à gestante, sem prejuízo do emprego **e do salário**, constitui direito do trabalhador garantido pela Constituição Federal, conforme inciso XVIII do art. 7º. Como forma de não onerar demasiadamente o empregador e garantir a proteção a todas as categorias de segurados, a previdência social reconhece o direito ao salário-maternidade, que, por sua natureza precípua salarial, representa também base de cálculo de contribuição previdenciária.

15. O financiamento da Previdência Social é constituído, em essência, pelas contribuições sociais incidentes sobre a folha de salários, por força do art. 195, I, “a”, e II, da CF/88, *verbis*:

“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:

 Lei nº 8.212, de 1991: art. 3º, parágrafo único, “a” e “c”.



- I – do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, sobre:*
- 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;*
- (...)*
- II – do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;” (Grifos nossos)*

16. Coube à Lei de Custeio da Previdência Social (Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991) a regulamentação desses dispositivos constitucionais, notadamente, o art. 22, inciso I, e § 2º (contribuição da empresa) e o art. 28, inciso I, e § 9º (contribuição do empregado), *verbis*:

“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.

(...)” (Grifos nossos)

17. A base de cálculo da contribuição previdenciária do empregado é denominada de salário-de-contribuição e encontra-se definida no art. 28:

“Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição:

I – para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados 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;

(...)” (Grifos nossos)

18. Como pode ser observado, de forma geral, a remuneração do trabalhador é considerada legalmente como base de cálculo para fins de contribuição do trabalhador e de tributação da empresa. Daí que, caso se retire o salário-maternidade da incidência de contribuição, tanto o segurado quanto a empresa, estarão desobrigados a recolher a contribuição sobre esses valores. É de se concluir, portanto, que a ADI proposta beneficia muito mais às empresas do que aos seus empregados.

19. Há de se ressaltar, ainda, que considerar o tempo de recebimento do salário-maternidade sem contribuição para fins de concessão de benefício previdenciário, estar-se-á diante de utilização de tempo fictício, o que é vedado conforme § 10 do art. 40 da Carta Magna. Tal intento, também, contraria o disposto no § 5º do art. 195, da Constituição que dispõe que *“Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.”*

20. Considerando os preceitos fixados pela Constituição ao tratar da Previdência Social, acrescenta-se os argumentos assentados na inobservância da disposição que prevê a previdência social

organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados **critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial** (art. 201, *caput*²) e na Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF (Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000), que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal.

21. Conforme sabido, historicamente a Lei de Responsabilidade Fiscal surge na virada do século como verdadeiro mecanismo de contenção dos gastos públicos com base na disciplina fiscal, que consiste na gestão planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a **obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita da seguridade social** e outras operações (art. 1º da Lei Complementar nº 101, de 2000).

22. No que tange especificamente à renúncia de receita da seguridade social, o art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal é inequívoco ao dispor sobre a necessidade de estimativa do impacto orçamentário-financeiro.

“Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições:

I - demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias;

II - estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no caput, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

§ 1º A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado.” (Grifos nossos)

23. Faz-se oportuno destacar que a hermenêutica jurídica aplicada no âmbito da legislação previdenciária requer, tanto do intérprete da lei quanto do próprio legislador, uma constante análise fundamentada simultaneamente sobre o aspecto social e critérios matemáticos. Tal premissa deve se revelar inclusive quando se trata de um benefício aparentemente fiscal como o pretendido pela ação, motivo pela qual a atenção ao impacto-orçamentário é da máxima importância.

24. No caso em análise, a proposta veiculada na ação, contraria a uma só tempo o disposto expressamente na Lei de Responsabilidade Fiscal e os preceitos constitucionais e doutrinários que formam a base da técnica de proteção previdenciária de forma a assegurar a manutenção econômica do sistema.

25. Nesse sentido, outro aspecto que merece destaque é o fato de que a perda de arrecadação, ao contrário do que possa inicialmente parecer, seria extremamente onerosa para o RGPS.

26. Isso porque, conforme visto, sobre os valores que constituem o salário de contribuição incide as alíquotas de contribuição tanto do empregado quanto do empregador.

27. De acordo com o previsto no *caput* do art. 194 da Constituição, a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade destinado a assegurar os direitos relativos à saúde, à assistência social e à previdência social.

² 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 (...).

28. Embora existam contribuições sociais destinadas ao custeio das três áreas de atuação estatal, as contribuições do empregador sobre a folha de salários e dos segurados da previdência social possuem destinação vinculada ao custeio das despesas com pagamento de benefícios do RGPS, em virtude do disposto no art. 167, XI, da Constituição³. Dessa maneira, a proposta veiculada na ADI, em realidade, extingue uma fonte de custeio direta do RGPS sem qualquer indicativo do real impacto da medida.

29. Visando ter uma noção sobre referido impacto, esta área técnica solicitou à Coordenação-Geral de Estatística, Demografia e Atuária – CGEDA, desta Secretaria, estimativa de impacto orçamentário decorrente da ADI, tendo sido elaborada em resposta à solicitação, a Nota Técnica nº 13/2016/MF/SPPS/CGEDA (cópia anexa), a qual, conclui da forma como segue:

“(…)

De acordo com os dados apresentados, o valor total do recolhimento ao RGPS referente à cota patronal calculada sobre a remuneração das empregadas em licença maternidade não é desprezível. De fato, de acordo com os dados de 2014, que são os consolidados mais recentes, o recolhimento estimado referente a essa situação atingiu R\$ 1,29 bilhão e em 2015, sendo que esses dados estão sujeitos a revisão posterior a ser publicada no próximo AEPS, o valor estimado foi de R\$ 1,17 bilhão.

Portanto, no caso do recolhimento da cota patronal ser efetivamente isentado no caso das empregadas afastadas por licença maternidade, pode-se esperar uma queda considerável na arrecadação total do RGPS, agravando ainda mais a situação atual do regime em termos de equilíbrio financeiro.

“(…)”. (Grifos nossos)

30. Diante desse contexto, e tendo em vista a busca permanente de critérios de gestão que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial do RGPS, é de se concluir que a tese levantada na ADI nº 5.626-DF, no sentido de que o § 2º do art. 28 da Lei nº 8.212/1991, não abranja a inclusão do valor referente ao salário-maternidade na base de cálculo da Contribuição Previdenciária incidente sobre a remuneração, mas tão somente para o cálculo dos outros benefícios, contraria os interesses da Previdência Social e de toda a sociedade, na medida em que gera um impacto financeiro nas contas públicas estimado em **mais de R\$ 1 bilhão de reais por ano**, sem previsão de medida de compensação apta a balancear os efeitos decorrentes da redução de receita.

31. Não sobeja lembrar que são os próprios cidadãos que arcam com as consequências de eventual elevação do denominado “gasto social”, neste caso em razão da exclusão de receita previdenciária, pois o ônus recairia sobre a conta do Tesouro Nacional.

32. Aliás, já é de amplo conhecimento as dificuldades enfrentadas pelo RGPS, em seus atuais moldes, para manter minimamente o equilíbrio financeiro necessário para a busca da sustentabilidade do sistema.

33. Assim, a proposta veiculada na ADI acarreta renúncia fiscal, contrariando os princípios constitucionais da contributividade, do equilíbrio financeiro, da contraprestação dos benefícios previdenciários e o disposto no art. 14 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, em prejuízo do interesse público, notadamente da Previdência Social e de seus beneficiários.

34. Uma vez estabelecido que o salário de contribuição constitui a base de cálculo das contribuições previdenciárias e parâmetro inicial para se calcular o valor dos benefícios devidos aos segurados, que não está limitado ao teto do RGPS como os demais benefícios, o que agravaria a situação

³ Art. 167. (...)

XI - a utilização dos recursos provenientes das contribuições sociais de que trata o art. 195, I, a, e II, para a realização de despesas distintas do pagamento de benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

do RGPS, cumpre analisar o conceito próprio e singular dado pela legislação previdenciária ao salário de contribuição que legitima a incidência de contribuição sobre o salário-maternidade.

35. Diante do exposto, esta área técnica previdenciária entende que o disposto no § 2º do art. 28 da Lei nº 8.212/1991 é constitucional, e que a proposta veiculada na ADI contraria previsões contidas no § 10 do art. 40; no § 5º do art. 195; e no art. 201, ambos da Constituição Federal e na Lei de Responsabilidade Fiscal. Entretanto, destaca-se que manifestações conclusivas sobre a matéria dependem de oitiva da Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB, a quem compete nos termos do art. 2º da Lei nº 11.457, de 16 de março de 2007, planejar, executar, acompanhar e avaliar as atividades relativas à tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança e recolhimento das contribuições sociais.

36. É o que se tem a informar.

À consideração da Diretora do Regime Geral de Previdência Social, substituta, com sugestão de restituição à CONJUR-MPS/PGFN/MF.



LUIZA HELENA DE SALES COSTA KREPEL
Coordenadora de Regulamentação - Substituta

MF/SPPS

Departamento do Regime Geral de Previdência Social – DRGPS

Em 5 / 01 /2017

De acordo.

2. Encaminhe-se ao Sr. Secretário de Políticas de Previdência Social.



EVA BATISTA DE OLIVEIRA RODRIGUES
Diretora do Departamento do Regime Geral de Previdência Social - Substituta

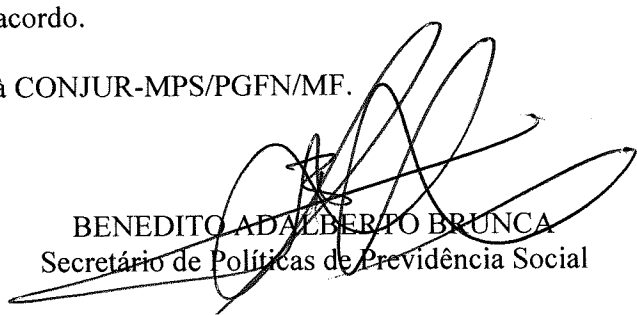
MF/SPPS

Secretaria de Políticas de Previdência Social – SPPS

Em 5 / 01 /2017

Ciente e de acordo.

2. Restitua-se à CONJUR-MPS/PGFN/MF.



BENEDITO ADALBERTO BRUNCA
Secretário de Políticas de Previdência Social



Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional
Coordenação da Atuação Judicial perante o Supremo Tribunal Federal

URGENTE

NOTA/PGFN/CASTF/Nº 44 /2016

SIGILO - Informação protegida pelo sigilo profissional. Lei 8.112/90, art. 116, VIII; Lei 8.960/94, art. 34, VII.

Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.626/DF.

Alegação de inconstitucionalidade da incidência da contribuição previdenciária, a cargo do empregador (art. 195, I), sobre o salário-maternidade.

Inépcia. Impropriedade de invocação de inconstitucionalidade do art. 28, §§ 2º e 9º, da Lei 8.212/91. Ausência de conexão com o fundamento do pedido.

Alegação de que a incidência de contribuição previdenciária no período em que vigora a licença maternidade implicaria em desvantagens para o mercado de trabalho da mulher. Dispositivos constitucionais sucitados: normas que se referem à proteção a maternidade e à gestante, insculpidas nos arts. 6º, 201 e 203, CF/88; proteção ao mercado de trabalho da mulher, 7º, XX e XXX, CF/88; princípio da isonomia, art. 5º, I, CF/88; convenção 103 da OIT (art. 4, item 8). Efetiva existência de onerosa rede de proteção à maternidade, independentemente de fatores sócio-econômicos da mulher. Descompromisso da tese com dados empíricos. Inviabilidade de utilização da Convenção 103, OIT, como



parâmetro de Controle Concentrado de Constitucionalidade.

Alegação de afronta ao disposto no art. 195, I, da Constituição Federal. Questão fundada em exegese do art. 22, I, da Lei 8.212/91. Infraconstitucionalidade da matéria. Questão definida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Ausência de violação ao art. 195, I, da Constituição de 1988.

Sustenta a requerente que é dever do poder público conceder tal benefício em face de previsões constantes em diversos dispositivos constitucionais.

O Dr. Ricardo Cravo Midlej Silva, por meio do Memorando nºs 00207/2016/NUINP/CGU/AGU e 195/2016/NUINP/CGU/AGU, de 23 de dezembro de 2016, da Consultoria-Geal da União, recebido por essa Coordenação de Atuação perante o Supremo Tribunal Federal – CASTF da PGFN em 02 de janeiro de 2017, solicita o encaminhamento, até o dia 11 de janeiro, de subsídios para elaboração das informações presidenciais a serem oferecidas nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.626/DF.

1. Por meio da referida ação, o exmo. Procurador-Geral da República sustenta a inconstitucionalidade do art. 28, §§ 2º e 9º, da lei 8.212, de 24 de julho de 1991, uma vez que julga constitucionalmente inadmissível a incidência de contribuição previdenciária patronal sobre o salário-maternidade, portanto, no período da vigência da licença maternidade. Alega em seu favor uma série de dispositivos constitucionais que amparam dois argumentos:

a) Primeiro, sustenta que a incidência da contribuição do salário maternidade sobre o salário maternidade, no período da licença, imputaria “ao empregador parcela do ônus do afastamento da gestante devido à maternidade”, contribuindo “para o aumento de custo de sua mão de obra comparativamente à masculina”, o que “constitui significativo fator de



discriminação da mulher no mercado de trabalho, de modo a induzir a fragilização da proteção constitucional destinada à maternidade”.

b) Segundo, afirma que, por se tratar de benefício previdenciário e não de remuneração destinada a retribuir a prestação de trabalho, é indevida a incidência da contribuição prevista no art. 22, I, da Lei 8.212/91, por força do art. 195, I, da Constituição de 1988.

2. Cumpre observar que a questão se encontra sob a análise desse Supremo Tribunal Federal, em sede de Repercussão Geral, no tema 72, RE 576.967.

3. Assim delimitadas as razões apontadas, cumpre analisar mais a fundo as alegações apresentadas.

INCOERÊNCIA NO PEDIDO E INDICAÇÃO DO OBJETO DA AÇÃO - INÉPCIA

4. Inicialmente, observe-se que, embora Exmo. Procurador-Geral da República indique que a petição inicial que impugna a validade do art. 28, §2º e 9º, “a”, da Lei 8.212/91, tal assertiva encontra-se em total descompasso com o as alegações da inicial.

5. Consoante se pode verificar, o que se questiona na presente ação é a **contribuição devida pelo empregador** em decorrência do contrato de trabalho com a empregada na vigência do salário-maternidade, exação prevista no art. 22 da Lei 8.212/91. No entanto, o art. 28 e parágrafos da mencionada lei disciplinam o **salário-contribuição** utilizado como base para a incidência da **contribuição devida pelo segurado empregado**. Destarte, é indispensável destacar a impropriedade do pedido de declaração de inconstitucionalidade de dispositivos do citado art. 28.

6. A alegação baseada nos direitos da gestante a adequado acesso ao mercado de trabalho traz como consequência lógica o reconhecimento de omissão do legislador em criar



regras que tutelem de forma mais intransigente a igualdade entre os sexos, em face da função reprodutiva da mulher. Poderia o legislador fazê-lo criando a regra de isenção requerida pela Procuradoria-Geral da República ou utilizar outro expediente que não sobrecarregasse o orçamento público e comprometesse objetivos sociais concorrentes (por exemplo, uma saída conhecida, utilizada por vários países, é a licença parental conjunta que pode ser dividida, livremente, entre os genitores, independentemente do sexo). Assim, o que se deveria pleitear, com amparo em tal fundamento, é o reconhecimento de omissão do legislador em tornar efetivo determinado direito constitucional, fato que, ainda que declarado judicialmente, não implicaria, de forma alguma, em criação da pretendida hipótese de isenção no bojo do art. 22 da Lei 8.212/91¹.

8. Por outro lado, no que diz respeito ao segundo fundamento aventado, atinente aos limites da base de cálculo da exação, art. 195, I, da Constituição de 1988, o que se pretende, evidentemente, é uma “interpretação conforme” do art. 22 da Lei 8.212/91, a fim de excluir determinada incidência (salário-maternidade). **Em nenhum momento o arrazoado da peça vestibular volta-se contra o art. 28 da mesma lei, que trata da contribuição a cargo do empregado.** A confusão da inicial fica evidente quando às fls. 36 assevera que “*seria caso de aplicar ao §2º e à alínea a, in fine do §9 do art 28 da Lei 8.212/91 a técnica de interpretação conforme a constituição, ..., dele afastando a cobrança de contribuição previdenciária linear e específica, a cargo do empregador, nos moldes do art. 22, I, da Lei 8.212/91.*” Em suma, é requerido que se “interprete” dispositivo do art. 28, atinente ao salário de contribuição, base de cálculo da contribuição do empregado, excluindo dele ressalva expressa (“*salvo o salário maternidade*”), unicamente para a restringir os efeitos do art. 22, que disciplina contribuição devida pelo empregador. A incongruência é manifesta. Além do pedido não se enquadrar na técnica de interpretação conforme a Constituição, o dispositivo que, em tese, poderia ser objeto de interpretação restritiva seria o próprio art. 22, que institui a exação questionada.

9. Destarte, uma vez que dos fundamentos da presente ação não decorrem logicamente o pedido, tendo-se suscitado questões referentes à contribuição devida pelo

¹ Observe-se que a isenção dos demais “benefícios da seguridade social”, ao contrário do que ocorre no caso da licença-maternidade, é regra expressa, contida no 22, §2º, da Lei 8.212/91,



empregador (art. 22, Lei 8.212/91) e requerido a inconstitucionalidade da base de cálculo da contribuição do empregado (art. 28, §§ 2º e 9º, Lei 8.212/91) justifica-se o indeferimento da inicial, extinguindo-se o processo por inépcia da mesma (art. 4º, Lei 9.868/99 c/c art. 330, §1º, III, do Código de Processo Civil). Caso assim não se entenda desta forma, indispensável, ao menos, a retificação da inicial e a adequação dos efeitos do debate contido na presente ação à contribuição instituída no art. 22, I, da lei 8.212/91.

MÉRITO

DA ALEGADA INCOMPATIBILIDADE ENTRE A INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA E OS DIREITOS LABORAIS DA MULHER.

10. Em síntese, sustenta a petição inicial que a incidência da contribuição previdenciária no período da licença maternidade, gera um desincentivo à contratação de mulheres no mercado de trabalho e redução da média de vencimentos destas. Assenta que tal resultado do tributo violariam os seguintes dispositivos constitucionais:

- a) Arts. 6º, 7º, XX e XXX, 201 e 203, CF/88 - proteção a maternidade, à gestante e ao acesso da mulher ao mercado de trabalho
- b) Art. 4, item 8, da convenção 103 da OIT².
- c) Art. 5º, caput e I - violação ao princípio da isonomia.

11. *Data venia*, são inúmeros os equívocos das mencionadas alegações: i) desprezam o manifesto e enorme esforço orçamentário que tem realizado o governo e os contribuintes brasileiros para sustentar um efetivo e, comparativamente, generoso programa de proteção à maternidade e de atenuação das desigualdades socioeconômicas entre os sexos,

² Em hipótese alguma, deve o empregador ser tido como pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas às mulheres que ele emprega.



incluída, aí, a defesa da participação da mulher no mercado de trabalho; ii) ignoram os dados disponíveis sobre a participação da mulher no mercado de trabalho e as consequências da licença-maternidade; iii) ignoram e contradizem manifestações da OIT citadas na própria petição inicial (!); iv) sustentam a possibilidade de controle concentrado de constitucionalidade em face de tratado internacional, independentemente do processo de internalização das referidas normas, ao arrepio do §3º, art. 5º, da Constituição de 1988³.

12. Inicialmente, cumpre destacar que o segundo informe da OIT, o Brasil é um dos poucos países⁴ cuja rede de proteção a maternidade une três pontos essenciais: (i) licença maternidade superior a 14 semanas (recomendação da referida organização)⁵; (ii) com pagamentos integrais garantidos, sem qualquer tipo de gradação (100% do salário); (iii) de responsabilidade exclusivamente do governo. Além disso, o Brasil é um dos raros países que não estipula requisitos concretos (período de carência) para obter o benefício⁶. Tais pontos

³ Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

⁴ Uma análise dos países que congregam os três elementos, além de relevar a ausência de quase todas maiores economias do mundo, mostra que um grande esforço da sociedade na criação de uma rede de proteção à maternidade não é sinônimo de alto nível de desenvolvimento humano (IDH). Segundo recente estudo da Organização Internacional do comércio ("*Maternity and Paternity at work, Law and practice across the world*", Apêndice II), os seguintes países garantem os três requisitos conjuntamente:

Na África: Argélia, Burkina Faso, Camarões, Chade, Costa do Marfim, Gabão, Mali, Mauritânia, Marrocos, Senegal.

Na Ásia: China e Vietnam.

Entre as economias consideradas desenvolvidas: Andorra, Austria, Espanha, Eslovênia, Estônia, Grécia, Lituânia, Luxemburgo, Noruega, Polónia, Portugal, San Marino.

No leste Europeu e Ásia Central: Armênia, Azerbaijão, Bielorrússia, Croácia, Geórgia, Cazaquistão, República da Moldova, Montenegro, Sérvia, Tadjiquistão, Macedônia, Turcomenistão, Ucrânia e Uzbequistão.

Na América Latina e Central: Belize, Brasil, Colômbia, Cuba, Panamá e Venezuela.

http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_242615.pdf

⁵ http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/08/150812_licenca_maternidade_paises_rm

⁶ Consoante o citado informe da OIT, "*Maternity and Paternity at work*", p 44 :

"The most commonly encountered qualifying period varies between nine and three months of affiliation before childbirth. In the Islamic Republic of Iran, a woman must have 60 days of social insurance contributions in the year preceding childbirth. In Paraguay, a woman worker must have contributed for at least six weeks during the four months preceding the maternity leave while, in Costa Rica, cash benefits are available only to workers who have worked for three months immediately preceding the birth or the adoption. In Canada, a woman who claims maternity benefits must have at least 600 hours of insurable employment in the previous 52 weeks or since the last claim. Since January 2013, unemployed women in Chile may enjoy the cash benefit related to postnatal parental leave up to 36 weeks, if they are unemployed in the sixth week before childbirth and they have been affiliated to the Social Security System for at least 12 months or more before the beginning of pregnancy, and they have paid eight or more continuous or discontinuous monthly contributions as a dependent worker within the 24 months immediately preceding the start of pregnancy. **In some countries, there is no minimum period of**



confirmam fato já conhecido: se há alguma matéria em que o Brasil sempre aparece bem colocado nos *rankings* internacionais é na generosidade na concessão de benefícios, até mesmo, como é o caso, independentemente de qualquer análise de necessidade socioeconômica do cidadão beneficiado.

13. Observe-se que **o próprio informe da OIT, citado na inicial, fls. 12, confirma que são adequados e satisfatórios os esforços brasileiros na tutela da participação da mulher no mercado de trabalho.** Afirma-se ali que *“o custo adicional de empregar uma mulher e 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”*. Afinal conclui que, *“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.”* Ora, é absolutamente incompreensível como, com base em tal manifestação da Organização Internacional do Trabalho, julgue a petição inicial que são inadequados e insuficientes os esforços brasileiros para conferir igualdade de tratamento à mulher no mercado de trabalho. O texto nela citado diz justamente o contrário!

14. Como se não bastassem os altos custos assumidos pelo povo brasileiro para custear um sistema de proteção a maternidade amplo e generoso - que garante, no mínimo, 120 dias de licença remunerada pelo governo à taxa de 100% (cem por cento) dos salários habituais (independentemente do nível salarial) -, investimento superior ao realizado pelas maiores economias do mundo, em detrimento de várias carências, dramáticas e urgentes, da população mais pobre, a inicial limita-se a trabalhar no campo das cogitações. Expõe-se que, por remanescer uma desvantagem marginal para o empregador no mercado de trabalho, seria esta a causa da menor participação relativa da mulher nos rendimentos do mercado de trabalho. Nenhum dado concreto é trazido para confirmar tal proposição.

employment or minimum contribution levels to qualify for cash maternity benefits. In Brazil, for example, a woman must simply be employed in insured employment.”



15. No entanto, os resultados de pesquisas empíricas sobre a matéria trazem conclusões diametralmente diversas. Em artigo denominado “Os Efeitos do aumento da licença-maternidade sobre o salário e o emprego da mulher no Brasil”⁷, resultado de pesquisa patrocinada pelo IPEA, se assevera que, muito embora a Constituição de 1988 tenha ampliado consideravelmente o período de tal direito, aumentando, em tese, o custo para o empregador, não é possível identificar efeitos negativos decorrentes de tal mudança. As conclusões ali expostas são claras:

Começamos mostrando, com base na literatura teórica sobre o tema, que o efeito de tal legislação é ambíguo *a priori*, o que torna a questão de avaliar seus impactos puramente empírica. Por um lado, a legislação sobre licença-maternidade pode ter um reflexo negativo sobre as mulheres em idade fértil porque impõe custos sobre os empregadores. Por outro, representa um benefício e desloca a oferta de trabalho para cima. Finalmente, pode haver um possível efeito positivo sobre os salários das mulheres, na medida em que a legislação possibilita um maior acúmulo de capital humano ao permitir que a trabalhadora evite se retirar da força de trabalho cada vez que engravida.

Na parte empírica, utilizando dados da PME, buscamos avaliar os efeitos do aumento da licença-maternidade através da metodologia de diferenças em diferenças, que explora a expectativa de que a alteração na legislação tenha tido impactos diversos para diferentes grupos de trabalhadores.

As evidências aqui mostradas indicam que os efeitos da alteração constitucional foram bastante reduzidos, tanto sobre os salários quanto sobre o emprego.

O pequeno impacto sobre os salários é semelhante aos resultados encontrados em outros países e corroboram a conclusão de que o aumento do período de licença-maternidade parece ter representado um reduzido aumento de custos aos empregadores. Por outro lado, não encontramos evidências de que o aumento da licença-maternidade tenha elevado a retenção das mulheres no mercado de trabalho, ou mesmo sua oferta de trabalho. Esse resultado talvez possa ser atribuído ao fato de que o aumento do período de licença-maternidade talvez não tenha sido expressivo o suficiente para alterar as decisões das mulheres no mercado de trabalho.

Podemos argumentar, por exemplo, que a maior parte das trabalhadoras para as quais o retorno ao mesmo empregador é relevante já tomava essa decisão antes do aumento da licença. De qualquer modo, apresentamos evidências de que o aumento do período de licença-maternidade, que é um benefício importante na proteção da mulher no mercado de trabalho, bem como na proteção da saúde da mãe e do recém-nascido, não gera incentivos que aumentem a ação discriminatória em relação à mulher no mercado de trabalho. Dessa forma, propostas que visem alongar o período de licença-maternidade podem ser positivas, uma vez que o custo em termos de distorções no mercado de trabalho parece ser pequeno, enquanto uma extensa literatura na área de saúde fornece subsídios para se crer que o usufruto desse benefício tende a ser bastante grande para mães e recém-nascidos. Os custos fiscais de tais propostas devem ser considerados para termos uma visão mais completa dos custos e benefícios de alterações nessa legislação. (...)

⁷ DE CARVALHO, Sandro Sacchet, FIRPO, Sérgio, GONZAGA, Gustavo, Os Efeitos do aumento da licença-maternidade sobre o salário e o emprego da mulher no Brasil, 2006.
<http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/3795>



16. Destarte, resta evidente que as alegações da inicial, ao sustentar a insuficiência da legislação vigente sobre a proteção a maternidade, à gestante e ao acesso da mulher ao mercado de trabalho, além de revelar falta de conhecimento dos esforços brasileiros na tutela dos referidos objetivos constitucionais – os quais vão muito além do que se propõem a fazer nações com IDH infinitamente mais alto –, desconsidera qualquer análise empírica e todos os problemas relacionados a identificação de causalidade para comprovar tais alegações⁸.

17. Ante todo o exposto, não é possível, portanto, extrair-se do sistema vigente qualquer violação, sequer remota, do disposto nos arts. 6º, 7º, XX e XXX, 201 e 203, CF/88

18. Como se não bastasse, equívoca também é a alegação de que ocorre, no caso, violação ao art. 4º, item 8, da Convenção 103 da OIT, internalizada no Brasil pelo Decreto 58.820, de 14 de julho de 1966. Duas são as razões:

Primeiro, em que pese se sustentar, com base no art. 5º, §2º, da Constituição, que a Convenção 103 da OIT possui natureza de norma dotada de *status* supra legal, não se pode afirmar, de forma alguma, que tal Convenção possui *status* Constitucional, já que sua internalização não seguiu o rito previsto no §3º do mesmo dispositivo Constitucional. Destarte, a Convenção 103 da OIT **não serve de parâmetro para o exercício, por essa Suprema Corte, do Controle Concentrado de Constitucionalidade**. Quando muito, a análise jurídica própria envolverá compatibilidade entre a Convenção e a legislação infraconstitucional, sendo, portanto, questão de constitucionalidade puramente reflexa o exame da matéria – o que também inviabiliza o exame da ADI.

Segundo, o sistema brasileiro não apresenta qualquer contradição com os itens 8 do art. 4 da Convenção 103, segundo o qual: “*Em hipótese alguma, deve o empregador ser tido como pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas às mulheres que ele emprega*” O dispositivo é claro que ao assentar que o empregador não deve ser responsável pelo pagamento

⁸ Como afirmado no trabalho, o salário maternidade **serve, também, de estímulo para que a mulher entre no mercado de trabalho**, não aumentando, significativamente, o custo da mão de obra, nem influenciando negativamente na produtividade da mulher.



do benefício. E exatamente isso que ocorre no Brasil! O pagamento é realizado às custas do Estado. Ocorre, no entanto, que os recursos públicos são extraídos da sociedade brasileira e o empregador é, também, contribuinte. Desta forma, como contribuinte, o empregador custeia juntamente com os demais, o sistema de amparo à maternidade e ao trabalho da mulher. **O já citado informe da OIT, mencionado pela própria Procuradoria-Geral da República, é cristalino ao afirmar que tal modelo é perfeitamente adequado pois “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”.** Ou seja: independentemente do número de mulheres empregadas, a contribuição do empregador será similar.

19. Afinal, cumpre destacar que **mesmo que, a despeito de todo alegado, venha a se entender que existe uma deficiência inconstitucional na legislação voltada para atingir os mencionados objetivos constitucionalmente consagrados nos arts. 6º, 7º, XX e XXX, 201 e 203, CF/88, não há qualquer necessidade que tal omissão parcial seja sanada nos termos que pretende o Autor.** Considerando-se, realmente, que há omissão parcial sobre a matéria, deverá o Supremo Tribunal Federal notificar o Congresso Nacional para que regule o tema adequadamente, conforme as competências que lhe foram atribuídas pela Constituição Federal. Isso porque a medida pleiteada, além de competir ao parlamento, aumenta o custo da rede de proteção social para os demais contribuintes, enfrentando restrições orçamentárias vigentes e do princípio da reserva do possível. Ora, **uma mudança satisfatória no sistema poderia se dar de múltiplas maneiras, inclusive sem aumentar o custo orçamentário do programa, como na hipótese de se substituir a licença maternidade por outra que possa ser gozada, alternativamente, pelos membros do casal, segundo suas próprias conveniências.** Esta, aliás, é a conclusão que se extrai de estudo empírico *supra* citado (DE CARVALHO, FIRPO e GONZAGA, 2006):

Outro ponto importante é que como a legislação concede à mulher o direito a uma licença muito mais longa (a licença-paternidade é de apenas cinco dias), o Estado está implicitamente reconhecendo que o cuidado dos filhos é responsabilidade predominantemente feminina, e, por conseguinte, está estimulando a perpetuação da divisão sexual das tarefas domésticas. Nesse aspecto, a licença-maternidade pode estar, portanto, contribuindo para a persistência de um diferencial de salário por gênero, e, portanto, uma forma de eliminar a divisão sexual do trabalho doméstico deveria ser discutida.



20. Destarte, resta claro que não deve prosperar a pretensão inicial no que tange ao primeiro ponto alegado pois: a) proteção outorgada à maternidade e ao mercado de trabalho da mulher no Brasil é das mais generosas do mundo e a forma de custeio é adequada; b) a licença-maternidade não distorce o mercado de trabalho em desfavor da mulher; c) a Convenção 103 da OIT não é padrão de controle de constitucionalidade e, mesmo que fosse, é estritamente cumprida; d) não compete ao Supremo Tribunal Federal ou à Procuradoria-Geral da República suprir eventual omissão parcial inconstitucional editando norma de isenção em ADI, além da necessidade de preservação da separação e harmonia dos poderes, eventual omissão pode ser sanada de múltiplas formas mais adequadas e menos custosas para o povo brasileiro.

INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AO ART. 195, I, “a” CF/88.

21. Conforme exposto, o segundo argumento contido na inicial parte do suposto que é inviável a incidência da contribuição previdenciária sobre o salário maternidade, por não se enquadrar na base de cálculo prevista na Carta Magna (art. 195, I, “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”*

22. Ao contrário do que assevera a inicial, resta evidente que a base determinada no art. 195, I, “a”, da Constituição é suficientemente ampla para englobar o salário-maternidade pago durante o período de inatividade da gestante. É que, se a quantia é devida à gestante, no valor de seu salário e em função de vínculo empregatício, é inequívoco que o salário-maternidade decorre, diretamente da relação de emprego, sendo, portanto “rendimento do trabalho”. Excetuados os segurados facultativos, que não exercem atividade remunerada e cujo benefício recebido durante a gravidez não guarda vinculação com os rendimentos do trabalho, todas as demais hipóteses de pagamento decorrem do trabalho exercido. Assim, há íntima relação e dependência entre o salário-maternidade e o trabalho exercido.



23. Ademais, há uma relação histórica entre a verba e a atividade profissional da gestante. Como exposto na inicial, salário maternidade consistia em incumbência do empregador até o advento da Lei nº 6.136/74. Sob a influência da Convenção nº 103 da OIT, esse ônus foi transferido à previdência social, o que não retirou seu caráter remuneratório em concepção ampla. Nesse sentido, por exemplo, vai o decidido no REsp 829.951, Rel. Min. Luiz Fux e, ainda, no REsp 572626, Rel. Min. José Delgado.

23. A fim de tentar restringir a expressão Constitucional, a petição inicial desborda para a análise infraconstitucional do tema, aduzindo que: “O art. 22, i, da Lei 8.212/91, 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” (fls. 33).

24. Apesar da natureza infraconstitucional das alegações, até certo ponto, impróprias em uma ADI, cumpre expor, sobre o tema, o que definiu o Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Repetitivo:

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 VERBAS: 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 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.

(...)

Acórdão sujeito ao regime previsto no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ.

(REsp 1230957/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/02/2014, DJe 18/03/2014)

24. Destarte, resta claro que, tratando-se de verba que substitui a remuneração no período da atividade, guardando relação com o trabalho prestado e seu valor, é evidente que o salário-maternidade se enquadra no disposto no art. 195, I, "a", da Constituição de 1988.

25. Daí, manifestamente improcedente a presente ação, também quanto ao segundo fundamento.

CONCLUSÃO

26. São essas as considerações que reputamos úteis e que sugerimos sejam encaminhadas à Consultoria-Geral da União, a título de esclarecimentos sobre os subsídios



Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional
Coordenação da Atuação Judicial no Supremo Tribunal Federal

solicitados para atender providência processual na Ação Direta de Inconstitucionalidade interposta.

COORDENAÇÃO DE ATUAÇÃO JUDICIAL PERANTE O STF, em 11 de janeiro de 2017.


CARLOS DE ARAUJO MOREIRA
Procurador da Fazenda Nacional

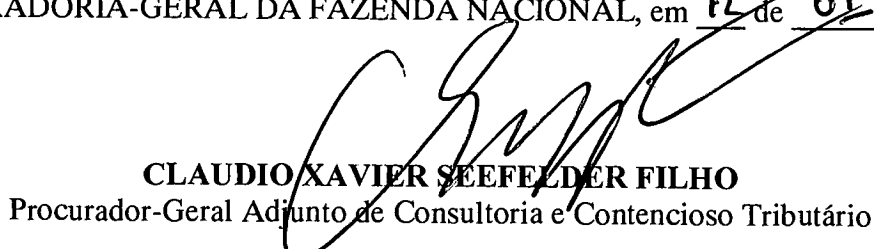
De acordo.

COORDENAÇÃO DE ATUAÇÃO JUDICIAL NO STF, em 11 de 01 de 2017.


ALEXANDRA MARIA CARVALHO CARNEIRO
Coordenadora da Atuação Judicial perante o STF

Aprovo. Encaminhe-se à Consultoria-Geral da União.

PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, em 12 de 01 de 2017.


CLAUDIO XAVIER SEEFELDER FILHO
Procurador-Geral Adjunto de Consultoria e Contencioso Tributário