

VOTO

O Senhor Ministro Alexandre de Moraes: Na origem, o Hospital Vita Batel S/A impetrou mandado de segurança, na Justiça Federal da 4ª Região, com o objetivo de afastar a exigibilidade da contribuição previdenciária prevista no art. 22, I, da Lei 8.212/1991, incidente especificamente sobre valores pagos a título de salário-maternidade a suas empregadas, bem como de ter reconhecido seu direito à compensação do crédito decorrente do pagamento efetivado nos últimos 10 (dez) anos.

Sustentou-se, na espécie, que o salário-maternidade não possui natureza salarial, uma vez que não há prestação de serviço no período do afastamento; por isso, o art. 28, I, da Lei 8.212/1991, que prevê a incidência da aludida contribuição sobre aquela verba, seria inconstitucional (fls. 6-26, Vol. 4).

O Juízo de primeiro grau denegou a segurança, sob o fundamento de que:

(a) durante a licença-maternidade, ocorre a interrupção da relação de trabalho, período no qual o empregado não presta o serviço, porém o empregador paga a remuneração;

(b) por conseguinte, a contribuição previdenciária sobre a parcela referente ao salário-maternidade está compreendida no art. 195, I, *a*, da Constituição e dispensa a edição da lei complementar a que alude o § 4º, haja vista que tal parcela tem a natureza de contraprestação decorrente do contrato de emprego, logo integra o conceito de “folha de salários e demais rendimentos do trabalho” (fls. 165-170, Vol. 4).

Interposta apelação, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região confirmou a sentença, repisando o entendimento de que o salário-maternidade tem natureza salarial, e, por consequência, a contribuição incidente sobre essa verba está abarcada pela previsão do art. 195, I, *a*, da Constituição Federal, não configurando nova fonte de custeio destinada à seguridade social, cuja instituição somente poderia se dar por meio de Lei Complementar, nos termos do § 4º do art. 195 da Carta Magna. Eis a ementa do julgado (Doc. 3):

“TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - SALÁRIO-MATERNIDADE - NATUREZA SALARIAL - INCIDÊNCIA.

1 - As contribuições previdenciárias incidem sobre a remuneração efetivamente percebida, a qualquer título, pelo empregado, ajustada, expressa ou tacitamente, no contrato de trabalho. A remuneração é a soma das parcelas de natureza salarial com as gorjetas recebidas pelo empregado. A expressão "a qualquer título" significa que, em tratando de remuneração, pouco importa o título dado à prestação paga ao trabalhador. Assim, qualquer verba recebida pelo empregado integrará, em princípio, o salário-de-contribuição, desde que seja objeto do contrato de trabalho.

2 - O salário é um correlativo não da atividade de trabalho objetivamente encarada, mas da atividade subjetivamente considerada, conforme as necessidades da vida familiar e pessoal do trabalhador.

3 - O salário-maternidade possui natureza salarial e, por essa razão, sobre ele incide contribuição previdenciária. Esse entendimento encontra respaldo no art. 28, §2º, da Lei nº 8.212/91, segundo o qual "o salário-maternidade é considerado salário-de-contribuição".

4 - Somente novas fontes de custeio destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social necessitam de Lei Complementar para serem instituídas (§ 4º do art. 195 da Carta Magna). A contribuição incidente sobre o salário-maternidade está abarcada na previsão do art. 195, I, a, da Constituição Federal.

5 - A incidência de contribuição previdenciária sobre o salário-maternidade não implica alteração do conceito de salário, não havendo falar em violação ao art. 110 do CTN.”

Opostos embargos de declaração pelo Hospital, foram rejeitados (fls. 299-302, Vol. 4).

O recorrente, então, interpôs o presente Recurso Extraordinário, sustentando violação aos arts. 195, § 4º, e 154, I, da Constituição Federal, aos argumentos de que:

(a) o acórdão recorrido, alterando o conceito de verba salarial fixado constitucionalmente, entendeu ter o salário-maternidade natureza de remuneração;

(b) com base nessa premissa, considerou que a contribuição previdenciária sobre o benefício não constitui nova fonte de custeio da seguridade social e que sua criação prescinde de lei complementar (fls. 28-65, Vol. 5).

Sustentou, em síntese, que:

a) conforme o art. 195, I, "a", da Carta Magna e o art. 22 da Lei 8.212/1991, a contribuição previdenciária deve incidir sobre o total da remuneração destinada a retribuir o trabalho do empregado, sendo certo que as demais expressões "folha de salários e demais rendimentos do trabalho" utilizadas pela Constituição, quando analisadas à luz dos arts. 457 e 458 da CLT, também revelam o caráter retributivo de tais verbas;

b) assim, confundir tais parcelas com outras devidas por força da legislação trabalhista ou previdenciária contraria o art. 110 do Código Tributário Nacional ao alterar o verdadeiro conceito de remuneração consagrado pelo Direito Privado;

c) o Superior Tribunal de Justiça, ao distinguir verbas de caráter salarial daquelas indenizatórias, pauta-se pelo critério da existência ou não de prestação de serviços; por isso, a Corte Superior tem afastado a incidência da contribuição previdenciária sobre aviso-prévio indenizado, férias mais 1/3, primeiros quinze dias de afastamento do empregado por doença;

d) igualmente, no período de 120 (cento e vinte) dias de licença-maternidade, não há prestação de serviços, o que impede a incidência da contribuição previdenciária, até porque o contrato de trabalho fica suspenso;

e) a partir da Lei 6.136/1974, o pagamento da licença-maternidade, antes a cargo do empregador, passou a ser de responsabilidade da Previdência Social, transmudando-se em benefício previdenciário, pago ao empregado pelo empregador, que efetua a correspondente compensação junto ao INSS por ocasião do pagamento das contribuições sobre a folha de salários;

f) o § 9º do art. 28 da Lei 8.212/1991, buscando aumentar a arrecadação, incluiu o salário-maternidade no conceito de salário de contribuição e, com isso, criou nova fonte de custeio para a seguridade social, sem a edição da indispensável lei complementar, consoante exige o art. 195, § 4º, e o art. 154, I, da CF/1988;

g) na ADI 1.946, o STF entendeu que onerar o empregador por verbas relativas ao salário-maternidade acarretaria discriminação da mão de obra feminina. A exigência de contribuições previdenciárias sobre esse mesmo benefício também fomenta a discriminação das mulheres trabalhadoras, uma vez que elas possuem 115 dias a mais de licença se comparada à licença-paternidade, o que tornaria a mão de obra feminina potencialmente mais cara que a masculina, pois a exação a ser paga pelo empregador seria maior.

Por fim, requer:

(i) o reconhecimento da inconstitucionalidade do § 2º, I, do art. 28 da Lei 8.212/1991, para que seja dispensado de futuros recolhimentos das contribuições previdenciárias em questão; e

(ii) a declaração do direito à compensação administrativa dos valores pagos a esse título nos últimos 10 (dez) anos, ou alternativamente, a repetição do indébito.

Em contrarrazões, a União pugna pelo desprovimento do recurso, ao argumento de que, durante a licença-maternidade, o contrato de trabalho fica suspenso, mas a gestante continua fazendo parte da folha de salários, tendo o empregador a obrigação de remunerá-la conforme a legislação pertinente (fls. 122-127, Vol. 5).

O Recurso Extraordinário foi admitido (fls. 132-133, Vol. 5).

Em 24/4/2008, o TRIBUNAL PLENO reconheceu a repercussão geral da controvérsia, em acórdão assim ementado:

“EMENTA: SALÁRIO-MATERNIDADE - INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA - ART. 28, § 2º, I da LEI 8.212/1991 - NOVA FONTE DE CUSTEIO DA SEGURIDADE SOCIAL - VIOLAÇÃO DOS ARTS. 195, CAPUT E § 4º E 154, I DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL”.

A questão está consubstanciada no Tema 72: *“Recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 195, caput e § 4º; e 154, I, da Constituição Federal, a constitucionalidade, ou não, da inclusão do valor referente ao salário-maternidade na base de cálculo da Contribuição Previdenciária incidente sobre a remuneração (art. 28, § 2º, I da Lei nº 8.212/91 e art. 214, §§ 2º e 9º, I, do Decreto nº 3.048/99)”*.

Em seguida, a Procuradoria-Geral da República ofereceu parecer pelo desprovimento do apelo extremo, articulando, em síntese, que a licença-maternidade configura hipótese de interrupção do contrato do trabalho, tal como as férias, e o pagamento efetuado pelas empresas, nesses dias, constitui salário, pois esse não decorre tão somente da contraprestação de trabalho, mas do vínculo trabalhista (fls. 153-156, Vol. 5).

A Associação Brasileira da Indústria de Hotéis – ABIH, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e a Confederação Nacional de Saúde, Hospitais e Estabelecimentos e Serviços – CNS foram admitidos como *amici curiae* (Vols. 16 e 27).

Esse o resumo do que se passou nestes autos, Sr. Presidente.

Na presente controvérsia, cumpre aferir se, para fins da incidência da contribuição previdenciária, o salário-maternidade ajusta-se ao conceito de “remuneração” previsto no art. 195, I, da Constituição Federal; ou se constitui nova fonte de custeio para a seguridade social, sendo imprescindível a edição de lei complementar para a respectiva contribuição, conforme o disposto nos arts. 195, § 4º, e 154, I, da CARTA.

Inicialmente, vale destacar que a licença-maternidade foi introduzida no Brasil pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT em 1943. Em seu nascedouro, tinha duração de 84 dias e era suportada pelo empregador.

Com a edição da Lei 6.136/1974, o ônus financeiro passou a ser da Previdência Social, como bem acentuado pelo Ministério Público em seu parecer ofertado ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, do qual se extrai a seguinte passagem (fl. 269, Vol. 4):

“O pagamento do salário-maternidade, até o advento da Lei nº 6.136/1974, era incumbência do empregador, constituindo encargo direito decorrente do contrato de trabalho, tendo a referida lei, sob a influência da Convenção nº 3 da OIT, que prevê caber ao Estado, por meio de seus órgãos previdenciários, transferido tal ônus para a Previdência Social.

Embora o salário-maternidade seja custeado pela Previdência Social, não perdeu seu caráter salarial, integrando a base de cálculo da contribuição incidente sobre a folha de salários, tendo o legislador, para adequar a legislação interna às normas da OIT, transferido seu pagamento para o Estado, remanescendo, contudo, sua natureza salarial, pois "o salário-maternidade é prestação trabalhista cometida à Previdência Social, por força da Lei 6.136/74, quando se transformou em benefício de pagamento continuado de duração determinável”.

Note-se que, na vigência da Lei 6.136/1974, o empregador efetuava o pagamento à gestante, e a Previdência Social o ressarcia da importância pertinente a 84 dias da licença.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o salário-maternidade passou a constar no art. 7º, XVIII, como um direito social das trabalhadoras urbanas e rurais, e seu período foi estendido para 120 dias.

No entanto, a regulamentação da norma constitucional só veio a partir das Leis 8.212/1991 e 8.213/1991, que estabelecem a forma pela qual o empregador poderia efetivar a compensação, juntamente à Previdência Social, das quantias despendidas referentes a todo o período de 120 dias, e não mais somente em relação aos 84 dias anteriormente assegurados.

Nessa transição, houve questionamentos dos empregadores, que buscavam nas vias judiciais eximir-se da obrigação do pagamento referente aos dias excedentes.

A partir de então, a jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL consolidou o entendimento de que, até a edição das Leis 8.212/1991 e 8.213/1991, incumbia ao empregador o pagamento relativo ao prazo ampliado pela nova CARTA, tendo em vista ser a licença-maternidade um direito autoaplicável.

A respeito, veja-se o que consignado pelo Ilustre Min. MARCO AURÉLIO (Relator do RE 329.648, DJe de 11/10/2010), *in verbis*:

“DECISÃO LICENÇA-MATERNIDADE – ARTIGO 7º, INCISO XVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – AUTO-APLICABILIDADE – PRECEDENTES – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – NEGATIVA DE SEGUIMENTO. 1. O Pleno, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.946/DF, declarou a auto-aplicabilidade do contido no inciso XVIII do artigo 7º da Constituição Federal. No mesmo sentido, confirmam as premissas do acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 220.613/SP, publicado no Diário da Justiça de 2 de junho de 2000: [...] O constituinte não condicionou o gozo da licença maternidade à edição de legislação reguladora, sendo auto-aplicável a norma do art. 7º, inc. XVIII, da Constituição Federal. Descabida, portanto, a alegação de que o direito a tal benefício estaria vinculado à edição das Leis 8.212/91 e 8.213/91, que dispõem, respectivamente, sobre os Planos de Custeio e Benefícios da Previdência Social. Por outro lado, a jurisprudência do STF considera ser inexigível a observância do art. 195, § 5º, da Constituição Federal, quando o benefício é criado diretamente pelo texto constitucional. Nesse sentido, entre outros precedentes, o RE 170.574, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, D.J. de 26/08/94; o RE 220.742, Rel. Min. Néri da Silveira, D.J. de 04/09/98, e o RE 223.555, Rel. Min. Néri da Silveira, D. J. de 26/06/98. **Registre-se, por ilustração, que a forma de compensação do benefício adotada pela legislação atual é idêntica à instituída pela Lei nº 6.136/74, que tratava também da fonte de custeio do salário-maternidade, alterada pela Lei nº 7.787/89 para moldes que foram mantidos pelo art. 22 da Lei nº 8.212/91.** [...] 2. Ante os precedentes, nego seguimento ao extraordinário. 3. Publiquem. Brasília, 28 de setembro de 2010. (*grifo nosso*)

Como se depreende dos precedentes acima referidos e do art. 7º, XVIII, do texto constitucional, o direito da gestante ao salário e ao emprego durante a licença de 120 dias possui natureza trabalhista e independe de regulamentação, uma vez que deflui diretamente da Constituição.

Coube, porém, ao legislador infraconstitucional, com vistas a compatibilizar esse direito com outros de igual *status*, notadamente aqueles que asseguram igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, I) e proteção do mercado de trabalho da mulher (art. 7º, XX), transferir para a Previdência Social o ônus financeiro do pagamento dos salários durante o período de afastamento da gestante.

Com essa medida, buscou-se evitar que os empregadores optem pelo trabalhador do sexo masculino, em vez da mulher, diante da possibilidade de ter que arcar com o custo da licença-maternidade.

Essa também foi a razão determinante pela qual o Plenário desta CORTE, na ADI 1946 (Rel. Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, DJ de 16/5/2003), ao analisar a constitucionalidade do art. 14 da EC 20/1998, que alterou a redação do inciso II do art. 201 da CF/88, para fixar o limite máximo do valor dos benefícios do RGPS em R\$ 1.200,00, conferiu ao dispositivo interpretação conforme à Constituição no sentido de que tal norma não se aplica à licença-maternidade a que se refere o art. 7º, XVIII, da Carta Magna.

No precedente, assentou-se que limitar o encargo da Previdência Social a R\$ 1.200,00 durante a licença-gestante, respondendo o empregador sozinho pelo restante do salário, propiciaria discriminação em relação ao trabalho da mulher. Eis a ementa do acórdão:

“EMENTA: - 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 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 insubsistente, 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 (hum mil e duzentos reais) 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 conseqüências. 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, ficou agora, ao ensejo deste julgamento de mérito, reforçada substancialmente no parecer da Procuradoria Geral da República. 5. Reiteradas as considerações feitas nos votos, então proferidos, 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. (grifo nosso)

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.230.957/RS (Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 18/3/2014), submetido ao regime dos recursos repetitivos, entendeu que a opção do legislador infraconstitucional de

transferir para a Previdência Social o ônus referente ao pagamento dos salários, durante o período da licença-maternidade, constitui incentivo suficiente para assegurar a proteção ao mercado de trabalho da mulher.

A Corte Superior assentou, ainda, que o salário-maternidade possui caráter salarial, subordinando-se à incidência da contribuição previdenciária. Veja-se a ementa do acórdão, no que interessa ao presente:

“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. Recurso especial de HIDRO JET EQUIPAMENTOS HIDRÁULICOS LTDA.

(...)

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.

(...)

3. Conclusão.

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.”

Essa diretriz, de há muito, já vinha sendo adotada pelo STJ, como se depreende dos julgados abaixo:

“TRIBUTÁRIO. SALÁRIO-MATERNIDADE. NATUREZA SALARIAL. INCIDÊNCIA SOBRE A BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PRECEDENTES.

1. *“A exação referente à maternidade, originariamente cabia ao empregador, circunstância que revelava seu caráter salarial, constituindo obrigação trabalhista. Posteriormente, assumiu o seu ônus a Previdência Social, com a edição da Lei 6.136/74, seguindo tendência mundial, por sugestão da OIT. Através desse diploma normativo, o salário-maternidade foi alçado à categoria de prestação previdenciária. O fato de ser custeado pelos cofres da Autarquia Previdenciária, porém, não exime o empregador da obrigação tributária relativamente à contribuição previdenciária incidente sobre a folha de salários, incluindo, na respectiva base de cálculo, o salário-maternidade auferido por suas empregadas gestantes (Lei 8.212/91, art. 28, § 2º)”* (REsp nº 529951/PR, 1ª Turma, DJ de 19/12/2003, Rel. Min. LUIZ FUX)

2. O salário-maternidade possui natureza salarial e integra, consequentemente, a base de cálculo da contribuição previdenciária.

3. Precedentes da egrégia 1ª Turma desta Corte.

4. Recurso não provido.

(REsp 572.626/BA, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/08/2004, DJ 20/09/2004, p. 193)”

“TRIBUTÁRIO. SALÁRIO-MATERNIDADE. NATUREZA JURÍDICA. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL AO SESI/SENAI/SESC /SENAC. INCIDÊNCIA.

1. O art. 28 da Lei 8.212/91 no seu § 2º considera o salário maternidade, salário contribuição, sendo certo que referido pagamento mantém a sua higidez constitucional, posto inexistente ação declaratória com o escopo de conjurá-lo do ordenamento constitucional.

2. Deveras, a exação referente à maternidade, originariamente cabia ao empregador, circunstância que revelava seu caráter salarial, constituindo obrigação trabalhista. Não obstante, posteriormente, assumiu o seu ônus a Previdência Social, com a edição da Lei 6.136/74, seguindo tendência mundial, por sugestão da OIT, alçando referido salário-maternidade a categoria de prestação previdenciária.

3. Entretanto, o fato de ser custeado pelos cofres da Autarquia Previdenciária, porém, não exime o empregador da obrigação tributária relativamente à contribuição previdenciária incidente sobre a folha de salários, incluindo, na respectiva base de cálculo, o salário-maternidade auferido por suas empregadas gestantes (Lei 8.212/91, art. 28, § 2º). Princípio da legalidade que limita a exegese isencional pretendida.

4. Precedentes jurisprudenciais desta Corte: RESP 529951/PR, desta relatoria, DJ de 19.12.2003 e RESP 215476/RS, Relator Ministro Garcia Vieira, DJ de 27.09.1999.

5. Recurso Especial improvido.

(REsp 641.227/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/10/2004, DJ 29/11/2004, p. 256)“

De outro lado, não encontram amparo na doutrina os argumentos deduzidos pelo recorrente, no sentido de que, no período de 120 (cento e vinte) dias da licença-maternidade, não há prestação de serviços e, via de consequência, inexistente pagamento de salário à empregada gestante, até porque o contrato de trabalho fica suspenso.

SÉRGIO PINTO MARTINS adverte “ *que, hoje, a natureza salarial do pagamento não ocorre apenas quando haja prestação de serviços, mas nos períodos em que o empregado está à disposição do empregador, durante os períodos de interrupção do contrato de trabalho ou outros que a lei indicar. Inexiste, portanto, rígida correlação entre o trabalho prestado e o salário pago.*

Por isso, salário é a prestação fornecida diretamente ao trabalhador pelo empregador em decorrência do contrato de trabalho, seja em razão da contraprestação do trabalho, da disponibilidade do trabalhador, das interrupções contratuais ou demais hipóteses previstas em lei ” (Direito do Trabalho. ed. 30. São Paulo: Atlas, 2014, p. 248).

Aliás, esse aspecto atinente à inexistência de correlação rígida entre o trabalho prestado e o salário pago foi bem pontuado na sentença, que, inclusive, enfatizou existir expressa previsão legal de pagamento do salário no período da licença-maternidade. Confirmam-se os seguintes trechos do julgado (fls. 193-194, Vol. 4):

“A aproximação pretendida pela parte autora entre o salário maternidade e o gozo de auxílio-doença também não pode ser acolhida. Há previsão legal expressa de afastamento da obrigação do pagamento dos salários, posta no art. 476 da CLT, durante o gozo do benefício, algo que, nos moldes dos artigos 391 e seguintes do mesmo diploma, não acontece no período da licença-maternidade. Na realidade, a CLT é expressa no sentido pagamento do salário no período dessa licença - art. 393.

Não bastasse a diferenciação da lei, a própria Constituição Federal tratou de forma diversa o atendimento dos riscos sociais- doença,

acidente etc. - e a proteção à maternidade. Enquanto se garantiu às trabalhadoras em geral - e, pois, houve imposição, aos empregadores, da obrigação correspondente -, o gozo de licença-maternidade (CF, art. 7º, inciso XVII), o atendimento dos riscos de doença e acidentes incapacitantes foi posto no trecho atinente à seguridade social. É certo que se atribuiu ao regime geral de previdência a obrigação de proteger a maternidade - art. 201, inciso II -, mas não há qualquer imposição de que essa proteção seja feita por meio da suspensão do contrato de trabalho. Nesse passo, em nada é inconstitucional estabelecer um "benefício" que, em verdade, é mero ressarcimento do empregador pelos valores despendidos com a licença-maternidade, o que se justifica constitucionalmente pela necessidade de se equiparar faticamente aos empregados homens as empregadas mulheres de forma a evitar a discriminação no momento da contratação.

Também afasta a pretendida equiparação o fato de que, no caso de benefícios como auxílio-doença e aposentadoria por invalidez, a suspensão do contrato ser o caminho lógico em razão da potencial extinção da relação contratual, bem mais flagrante do que o que acontece com empregadas gestantes.

Disso, conclui-se que a licença-maternidade de que trata o art. 7º, inciso XVIII, e os artigos 391 e seguintes da CLT não provoca a suspensão do contrato de trabalho, sendo os valores pagos pelo empregador a esse título efetiva contraprestação vinculada ao contrato de trabalho. O ressarcimento posterior não desnatura essa obrigação, que permanece hígida em desfavor do empregador ainda que não houvesse o pagamento do benefício.

É sintomático desse entendimento o fato de, no caso de seguradas empregadas, não haver qualquer carência para gozo do "benefício". Trata-se de mera e necessária consequência não só da estabilidade de que goza a empregada gestante, mas também da indeclinável obrigação impingida ao empregador por força da celebração do contrato de trabalho com a empregada gestante. Exigir carência em casos tais implicaria desnaturar a obrigação do empregador para que ela se tornasse mera obrigação previdenciária - como a que assiste às seguradas autônomas e facultativas -, o que não se coaduna com a constatação da mera interrupção do contrato no período de licença. Isso também revela outro aspecto do suposto benefício: o de que, quando se trata de segurados empregados, ele não se reveste efetivamente da natureza de benefício previdenciário em favor do empregado, mas de medida de proteção à maternidade necessária à equiparação e gênero quando da celebração de contratos de emprego, o que é perfeitamente condizente com as normas previstas no texto constitucional."

Para bem ilustrar a questão, vejamos o que dispõe a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT a respeito da licença-maternidade:

“Art. 392. A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário.”

“Art. 393 - Durante o período a que se refere o art. 392, a mulher terá direito ao salário integral e, quando variável, calculado de acordo com a média dos 6 (seis) últimos meses de trabalho, bem como os direitos e vantagens adquiridos, sendo-lhe ainda facultado reverter à função que anteriormente ocupava” (grifo nosso).

Portanto, o ordenamento jurídico reforça a previsão constitucional que assegura à mulher o recebimento do **salário** durante a licença-maternidade.

Também não prospera a alegação de que o salário-maternidade não tem natureza salarial, porque quem paga é a Previdência Social.

Ora, como demonstrei inicialmente, o INSS passou a substituir o empregador no pagamento da verba a fim de combater a desigualdade de gênero, buscando, assim, evitar que o empregador opte por contratar homens em detrimento das mulheres.

Esse foi o intuito da legislação que, cumprindo os ditames constitucionais dirigidos à promoção da igualdade entre homens e mulheres no mercado de trabalho, evoluiu para atribuir à autarquia previdenciária o encargo financeiro do salário maternidade, e liberar o empregador desse ônus.

Não fosse assim, a empresa teria que arcar com o salário da empregada mulher em gozo da licença-maternidade e, ainda, do eventual funcionário substituto.

Não cabe aqui retomarmos uma discussão há muito superada acerca da responsabilidade pelo pagamento do salário-maternidade; se houve a substituição do empregador pelo INSS, ou não; ou, porque ocorreu essa substituição.

Desde a edição da Lei 6.136/1974, editada para adequar a legislação interna às normas da OIT, o ônus financeiro do salário-maternidade foi transferido para a Previdência Social.

Transformou-se essa remuneração em benefício de pagamento continuado de duração determinável, em substituição ao salário, somente durante o período da licença. Ou seja, nesse intervalo, o pagamento da verba fica suspenso para o empregador, sendo pago pelo INSS; no retorno da empregada mulher, retoma-se o contrato de trabalho e a empresa reassume o encargo.

O objetivo da adoção dessa sistemática não foi desnaturar a natureza jurídica dessa contraprestação, mas, sim, evitar a discriminação de gênero no mercado de trabalho.

Portanto, no meu ver, o salário-gestante continua tendo natureza salarial, pois o contrato de trabalho não se encerrou.

Ocorre o mesmo com as férias, período que não há trabalho realizado e, nem por isso, a contribuição deixa de ser paga pelo empregador.

Em alguns países, como a Suécia, Finlândia, Noruega, há salário-maternidade independentemente de a mulher estar ou não realizando um trabalho. Ou seja, nesses casos, não se trata de verba remuneratória, pois não há vínculo trabalhista.

Esses Estados pretendem, com isso, incentivar a maternidade.

Diferentemente, no Brasil, o salário-gestante, ainda que custeado pela Previdência Social, não perde seu caráter salarial, e integra a base de cálculo da contribuição incidente sobre a folha de pagamento.

A *ratio* do custeio foi exatamente evitar a discriminação de gênero.

Ocorre que, desde 1974, quando a legislação transferiu o pagamento do salário-gestante para o INSS, a fim de evitar a discriminação de gênero em relação ao trabalho da mulher, a sociedade sofreu várias transformações.

No julgamento das ADI 4277, Rel. Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, DJe de 14/10/2011, e ADPF 132, Rel. Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, DJe de 14/10/2011, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL reconheceu a união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família.

Na esteira dessa evolução, o legislador entendeu por bem estender a licença-maternidade para homem adotante e, também para mulher que adota. Para tanto, a Lei 12.873/2013 incluiu o art. 71-A na Lei 8.213/1991, com a seguinte redação:

“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 (cento e vinte) dias. (Redação dada pela Lei nº 12.873, de 2013)

§ 1º O salário-maternidade de que trata este artigo será pago diretamente pela Previdência Social. (Redação dada pela Lei nº 12.873, de 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. “

A norma veio conferir maior proteção à criança e à família, valores também protegidos constitucionalmente.

Assim, não prospera o argumento do recorrente, de que a exigência de contribuições previdenciárias sobre o salário-maternidade fomentaria a discriminação das mulheres, por tornar a mão de obra feminina potencialmente mais cara que a masculina. Agora, trabalhadores de ambos os sexos fazem jus a tal verba.

Os preceitos constitucionais devem ser analisados em conjunto, e a matéria, apreciada por todos os ângulos. O empregador já foi desonerado do ônus financeiro relativo ao pagamento salário durante a licença-maternidade, livrá-lo também da contribuição seria incompatível com os preceitos que regem a Seguridade Social.

Sabe-se que a Seguridade Social é informada pelo princípio da solidariedade geral e da diversidade da base de financiamento, como já reconheceu esta SUPREMA CORTE, consoante se constata dos precedentes abaixo transcritos:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. ART. 195, I. COFINS E CSLL. SUJEIÇÃO PASSIVA. PESSOA JURÍDICA SEM EMPREGADOS. LEGITIMIDADE. Esta Corte firmou o entendimento de que o termo ‘empregadores’, contido no art. 195, I, em sua redação original, não pode ser interpretado estritamente, **pois as contribuições para a seguridade social assentam na solidariedade geral**, conforme o caput do mencionado artigo. Por isso, a nova redação do inciso I do art. 195, conforme a EC 20/98, apenas explicitou o que o constituinte originário já previa. Agravo regimental a que se nega provimento.” (RE 585.181 AgR, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, DJe 8/10/2010)”

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. REPERCUSSÃO POSITIVA DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. CONSTITUCIONALIDADE DA COBRANÇA. INSTRUMENTO DE ATUAÇÃO DO ESTADO NA ÁREA DE PREVIDÊNCIA. INSTITUIÇÃO MEDIANTE LEI ORDINÁRIA. CONSTITUCIONALIDADE. ALEGADA OFENSA AO ART. 201, CAPUT, § 11. OFENSA REFLEXA. AGRAVO IMPROVIDO. I - Esta Corte entende que o tributo previsto no art. 195, II, da Constituição Federal, classifica-se como contribuição social, diferenciando-se, portanto, das taxas e impostos. II -A referida contribuição social é instrumento de atuação do Estado na área de previdência social e sua exigência se dá em "**obediência aos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, bem como aos objetivos constitucionais de universalidade, equidade na forma de participação no custeio e diversidade da base de financiamento**". III - Esta Corte entende ser possível a instituição de contribuição de seguridade social por meio de Lei Ordinária. IV - A apreciação dos temas constitucionais depende do prévio exame de normas infraconstitucionais. Afronta indireta à Constituição. V - Precedentes. VI - Agravo regimental improvido.(AI 487.075 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, DJe de 19/12/2007)” (grifo nosso)

Assim, o empregador, ao recolher a contribuição previdenciária em foco, nada mais faz do que cumprir o dever constitucional - que todos têm - de contribuir para a seguridade social, com vistas a assegurar o bem-estar e a justiça social.

A propósito, cabe a transcrição aqui, pela pertinência, de trechos da manifestação da Procuradoria-Geral da República, quando opinou pelo desprovimento do presente recurso (fl. 156 , Vol. 5):

“Nessa perspectiva, tratando-se de obrigação gerada pelo contrato de trabalho, desnecessária lei complementar para criar nova fonte de custeio.

A interpretação que vem sendo dada pelo STJ e pelo Tribunal recorrido ao art. 195, I, da CF é, ademais, consentânea com o *caput* do art. 195, que expressa o princípio da solidariedade contributiva, segundo o qual "a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei".

Assim, perfeitamente admissível que a União desembolse o valor do salário enquanto o empregador recolhe a contribuição previdenciária respectiva, com vistas a assegurar o direito social fundamental de proteção à maternidade e à infância (art. 6º).”

Enfatizo, mais uma vez, que o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL vem, reiteradamente, defendendo, ampliando e interpretando as garantias de igualdade de gênero e proteção à maternidade como direitos fundamentais absolutamente indisponíveis.

Nessa vertente, no julgamento do Tema 497 (RE 629.053, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, no qual fui Redator para o acórdão, DJe de 27/2/2019), reafirmou-se o direito fundamental de proteção à maternidade e à infância. Vejamos a ementa do julgado:

Ementa: DIREITO À MATERNIDADE. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL CONTRA DISPENSA ARBITRÁRIA DA GESTANTE. EXIGÊNCIA UNICAMENTE DA PRESENÇA DO REQUISITO BIOLÓGICO. GRAVIDEZ PREEXISTENTE À DISPENSA ARBITRÁRIA. MELHORIA DAS CONDIÇÕES DE VIDA AOS HIPOSSUFICIENTES, VISANDO À CONCRETIZAÇÃO DA IGUALDADE SOCIAL. DIREITO À INDENIZAÇÃO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. 1. O conjunto dos Direitos sociais foi consagrado constitucionalmente como uma das espécies de direitos fundamentais, se caracterizando como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal. 2. A Constituição Federal proclama importantes direitos em seu artigo 6º, entre eles a proteção à maternidade, que é a ratio para inúmeros outros direitos sociais

instrumentais, tais como a licença-gestante e, nos termos do inciso I do artigo 7º, o direito à segurança no emprego, que compreende a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa da gestante. 3. A proteção constitucional somente exige a presença do requisito biológico: gravidez preexistente a dispensa arbitrária, independentemente de prévio conhecimento ou comprovação. 4. A proteção contra dispensa arbitrária da gestante caracteriza-se como importante direito social instrumental protetivo tanto da mulher, ao assegurar-lhe o gozo de outros preceitos constitucionais – licença maternidade remunerada, princípio da paternidade responsável –; quanto da criança, permitindo a efetiva e integral proteção ao recém-nascido, possibilitando sua convivência integral com a mãe, nos primeiros meses de vida, de maneira harmônica e segura – econômica e psicologicamente, em face da garantia de estabilidade no emprego –, consagrada com absoluta prioridade, no artigo 227 do texto constitucional, como dever inclusive da sociedade (empregador). 5. Recurso Extraordinário a que se nega provimento com a fixação da seguinte tese: A incidência da estabilidade prevista no art. 10, inc. II, do ADCT, somente exige a anterioridade da gravidez à dispensa sem justa causa.

Nessa ocasião, o Plenário desta CORTE entendeu que a estabilidade provisória garantida constitucionalmente à mulher visa protegê-la e ao recém-nascido. Para tanto, fixou-se a seguinte tese: “ *A incidência da estabilidade prevista no art. 10, inc. II, do ADCT, somente exige a anterioridade da gravidez à dispensa sem justa causa.*”

Na oportunidade, ao proferir meu voto, afirmei:

“Sob essa ótica, a proteção contra dispensa arbitrária da gestante, caracteriza-se como importante direito social instrumental protetivo tanto da mulher, ao assegurar-lhe o gozo de outros preceitos constitucionais licença maternidade remunerada, princípio da paternidade responsável ; quando da criança, pois a ratio da norma não só é salvaguardar outros direitos sociais da mulher como, por exemplo, o pleno gozo do direito a licença-maternidade mas também, efetivar a integral proteção ao recém-nascido, possibilitando sua convivência integral com a mãe, nos primeiros meses de vida, de maneira harmônica e segura econômica e psicologicamente, em face da garantia de estabilidade no emprego , consagrada com absoluta prioridade, no artigo 227 do texto constitucional, como dever inclusive da sociedade (empregador).”

Na mesma linha, na ADI 5938, na qual fui Relator, DJe de 23/9/2019, o Tribunal Pleno declarou a inconstitucionalidade de normas que expunham as empregadas gestantes e lactantes a atividades insalubres e, ainda, atribuíam a elas o encargo de apresentar atestado de saúde, para que fossem afastadas do trabalho realizado nessas condições, durante a gestação ou a lactação. Eis a ementa do acórdão:

“Ementa: DIREITOS SOCIAIS. REFORMA TRABALHISTA. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À MATERNIDADE. PROTEÇÃO DO MERCADO DE TRABALHO DA MULHER. DIREITO À SEGURANÇA NO EMPREGO. DIREITO À VIDA E À SAÚDE DA CRIANÇA. GARANTIA CONTRA A EXPOSIÇÃO DE GESTANTES E LACTANTES A ATIVIDADES INSALUBRES. 1. O conjunto dos Direitos sociais foi consagrado constitucionalmente como uma das espécies de direitos fundamentais, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado Democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal. 2. A Constituição Federal proclama importantes direitos em seu artigo 6º, entre eles a proteção à maternidade, que é a *ratio* para inúmeros outros direitos sociais instrumentais, tais como a licença-gestante e o direito à segurança no emprego, a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei, e redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. 3. A proteção contra a exposição da gestante e lactante a atividades insalubres caracteriza-se como importante direito social instrumental protetivo tanto da mulher quanto da criança, tratando-se de normas de salvaguarda dos direitos sociais da mulher e de efetivação de integral proteção ao recém-nascido, possibilitando seu pleno desenvolvimento, de maneira harmônica, segura e sem riscos decorrentes da exposição a ambiente insalubre (CF, art. 227). 4. A proteção à maternidade e a integral proteção à criança são direitos irrenunciáveis e não podem ser afastados pelo desconhecimento, impossibilidade ou a própria negligência da gestante ou lactante em apresentar um atestado médico, sob pena de prejudicá-la e prejudicar o recém-nascido. 5. Ação Direta julgada procedente.”

Em meu voto, ressaltai, inclusive, que o afastamento da gestante ou lactante das atividades insalubres não impunha ônus ao empregador, uma

vez que lhe é facultado compensar os valores dos adicionais pagos, por ocasião do recolhimento das contribuições previdenciárias patronais. Confira-se o seguinte trecho de minha manifestação:

“A Constituição Federal proclama importantes direitos em seu artigo 6º, entre eles a proteção à maternidade, que é a ratio para inúmeros outros direitos sociais instrumentais, tais como a licença-gestante, o direito à segurança no emprego, que compreende a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa da gestante e, nos incisos XX e XXII do artigo 7º, a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei, e redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

(...)

A inconstitucionalidade consiste no fato de as expressões impugnadas permitirem a exposição de empregadas grávidas e lactantes a trabalho em condições insalubres. Mesmo em situações de manifesto prejuízo à saúde da trabalhadora, por força do texto impugnado, será ônus desta a demonstração probatória e documental dessa circunstância, o que obviamente desfavorece a plena proteção do interesse constitucionalmente protegido, na medida em que sujeita a trabalhadora a maior embaraço para o exercício de seus direitos.

(...)

Observe-se, ainda, que não há que se falar em ônus excessivo ao empregador, pois a lei impugnada afastou do empregador o ônus financeiro referente ao adicional de insalubridade da empregada gestante ou lactante afastada de suas atividades ou deslocada para atividade salubre, ao estabelecer, no § 2º do art. 394-A, que cabe à empresa pagar o adicional de insalubridade à gestante ou à lactante, efetivando-se a compensação, observado o disposto no artigo 248 da Constituição Federal, por ocasião do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço. “

Pois bem. Tanto nos casos que deram origem aos precedentes acima, como no presente, pode-se observar que, efetivamente, a preocupação dos empregadores não é com a mulher, não é com a igualdade de gênero; estão, de fato, mirando interesses financeiros.

São sempre as mesmas grandes empresas, os mesmos *amici curiae*. Veja-se que na aludida ADI 5938, eles defendiam a necessidade de a mulher grávida ou lactante apresentar laudo médico para serem afastadas do exercício de atividades insalubres.

Agora, a empresa integrante do mesmo setor saúde, argumenta que a contribuição previdenciária patronal sobre o salário-maternidade promove a discriminação do trabalho da mulher, pois torna a mão de obra feminina mais cara do que a masculina.

Sabemos que, nessa área da saúde, 90% dos empregados são mulheres. E, desde a instituição da contribuição sobre o salário-gestante, não se tem notícia de que alguma mulher foi substituída por homem, por conta dessa tributação recair também sobre o empregador.

Atente-se para o fato de ser esse o mesmo setor empresarial que paga, às mulheres, 72% dos salários dos homens; e empregam apenas 18,4% de mulheres nos cargos de direção.

Portanto, cabe indagar: onde está a defesa da igualdade de gênero?

O que se extrai desse cenário é que se o empregador deixar de pagar a contribuição, isso não vai implicar um centavo de aumento no salário, por exemplo, das enfermeiras.

Em verdade, trata-se de uma discussão tributária travestida de discussão de gênero, onde a defesa da igualdade entre o trabalho dos homens e das mulheres aparece como uma cortina de fumaça para obtenção de mais lucros, e para não contribuir em um sistema previdenciário que é, como todos sabemos, solidário.

Novamente, estamos a retroceder a antiga discussão, na qual as empresas advertem não poder contratar mulheres em virtude de os encargos, ou trabalhistas, ou previdenciários, serem maiores em relação a elas do que aos homens.

Como referi, de início, quando a Constituição de 1998, no seu art. 7º, XVIII, aumentou para cento e vinte dias a licença-maternidade, que antes era de oitenta e quatro dias, as mesmas grandes empresas, apoiando-se no discurso da igualdade de gênero, tentaram esquivar-se do pagamento correspondente ao prazo ampliado.

Isso ocorreu também quando da EC 20/1998, que estabeleceu teto para os benefícios do RGPS, ocasião em que os empregadores alegaram que,

apesar de o INSS arcar com o pagamento da licença-maternidade, o que excedesse ao limite fixado pela emenda constitucional, eles seriam obrigados a arcar e, com isso, haveria prejuízo à mulher trabalhadora.

À época, no entanto, a SUPREMA CORTE, na ADI 1946, já mencionada, com vistas a assegurar a igualdade de gênero, afastou o teto em relação ao salário-maternidade, consignando que cabia ao INSS pagar o valor total da licença-gestante, inclusive a quantia que excedesse ao limite fixado pela EC 20/1998.

Desde então, deparamo-nos com a reiteração desse tipo de demanda em que grandes empresas não optantes pelo SIMPLES buscam se eximir de encargos trabalhistas e/ou previdenciários em relação à trabalhadora do sexo feminino, alegando o risco de retração da participação da mulher no mercado de trabalho.

São sempre os mesmos argumentos *ad terrorem*: “ não tenho mais condição de contratar mulheres, em razão dos custos mais elevados das trabalhadoras do sexo feminino em relação ao trabalhador homem.”

No entanto, o que se verifica, na prática, é que as mulheres não são substituídas por empregados homens. E razão é simples: as empresas pagam trinta por cento a menos para elas. É essa a questão.

Vale mencionar, ainda, que essas mesmas empresas, do mesmo setor da saúde, os mesmos *amici curiae*, interpuseram ação direta de inconstitucionalidade contra o piso salarial de enfermeiros da área da saúde das mulheres do Rio de Janeiro.

Tudo está a demonstrar que a preocupação não é com a igualdade de gênero. Se, de fato, fosse esse o ponto, outras medidas poderiam ser adotadas pelas empresas, como, por exemplo, a ampliação do acesso à mulheres aos mesmos cargos ocupados por homens, desde a base até ao nível de direção, com a consequente equiparação salarial.

No caso sob exame, argumenta-se que a persistir a contribuição a cargo das empresas, será preciso demitir as mulheres e contratar homens. Não obstante, olvida-se que essa providência importaria prejuízo muito maior para as empresas, em decorrência da prática discriminatória.

Com efeito, o que se depreende a partir da análise dos casos que deram origem aos precedentes aqui já referidos, bem como neste ora em análise, é que o debate cinge-se somente à questão financeira, tributária.

As empresas louvando-se da decisão desta CORTE que atribuiu ao INSS o ônus de arcar com o custo total do valor do salário-maternidade, afastando o teto do RGPS, porque nesse caso, sim, haveria um reflexo deveras negativo para a contratação das mulheres, pretendem, agora, também, não pagar tributo.

O que se verifica é que, desde aquela época, as empresas vem buscando, cada vez mais, eximir-se dos encargos constitucionalmente instituídos em relação ao incremento da participação da mulher no mercado de trabalho.

Todavia, não se observa a mesma disposição por parte dos empregadores quando se trata de diminuir o *gap* de 30%, chegando até 52%, em algumas profissões, da diferença salarial entre homens e mulheres.

Por tudo isso, causa espécie a propalada preocupação dos empregadores, e do setor, com a desigualdade de gênero, tese que embasa o recurso, quando, de fato, constata-se que jamais encetaram medidas passíveis, do seu ponto de vista, de reduzir essa mesma desigualdade.

Assim, não procede o argumento do recorrente no sentido de que a exigência de contribuições previdenciárias sobre o salário maternidade fomenta a discriminação das mulheres trabalhadoras.

Esse argumento não se sustenta, notadamente porque a legislação transferiu o ônus da licença-maternidade para a Previdência Social, e o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL estabeleceu que, nesses casos, não há teto.

Portanto, não se há de referir a qualquer prejuízo às mulheres. Sobretudo pelo fato de que a pretensão do recorrente é isentar-se do pagamento da exação na parte que lhe cabe, e não afastar o das próprias mulheres.

Gize-se, ainda, que a proteção à gestante caracteriza-se como importante direito social, tanto da mulher, como da criança, consistindo em dever, inclusive, do empregador.

Além disso, a salvaguarda dos direitos sociais da mulher tem como consectário a efetivação de integral proteção ao recém-nascido, possibilitando seu pleno desenvolvimento, como comanda o art. 227 da Constituição Federal.

Por fim, registre-se que, sobre o salário-maternidade, recai a contribuição paga pela própria empregada. Assim, seria incongruente que a contribuição previdenciária patronal incidisse sobre base econômica mais restrita do que aquela sobre a qual incide a contribuição devida pelas empregadas, especialmente se considerada sua destinação ao custeio da Seguridade Social.

A lógica que impõe à empregada o recolhimento da contribuição sobre o salário-maternidade e, por outro lado, isenta o empregador da exação, beira ao absurdo, pois revela uma disfuncionalidade total do sistema.

Além disso, se a regra fosse assim, essa sistemática não reverteria um centavo para empregada e, ainda, frustraria o imperativo constitucional de equidade na forma de participação no custeio da Seguridade (art. 194, V, CF).

Em suma, reafirmo, mais uma vez: a questão controvertida, neste processo, não é a proteção à igualdade de gênero. Trata-se, de fato, de demanda tributária que não tem o escopo de beneficiar as mulheres, mas poderá, ou não, beneficiar o empregador, a depender do resultado deste julgamento.

Concluo por afirmar que, na minha visão, no conceito de remuneração, previsto no art. 195, I, da Constituição Federal, está a substituição legal do

pagamento da contribuição, do empregador pelo INSS, não havendo nenhuma razão para que não incida a contribuição patronal sobre o salário-maternidade.

Desse modo, não existe qualquer incompatibilidade entre o art. 22, I, da Lei 8.212/1991 e o texto do art. 195, I, da CF. A delimitação dada por esse dispositivo legal à base de cálculo da contribuição patronal corresponde à fonte de custeio indicada pelo texto constitucional, razão pela qual não há que se falar em necessidade de edição de lei complementar, ou de quaisquer afrontas aos arts. 195, § 4º, e 154, I, da CF.

Diante do exposto, CONHEÇO o Recurso Extraordinário e NEGO-LHE PROVIMENTO.

Apresento a seguinte sugestão de texto para a fixação de tese em sede de repercussão geral: “ *É constitucional, à luz do art. 195, caput e § 4º, e do art. 154, I, da Constituição Federal, a inclusão do valor referente ao salário-maternidade na base de cálculo da Contribuição Previdenciária incidente sobre a remuneração (art. 28, § 2º, I, da Lei nº 8.212/1991 e art. 214, §§ 2º e 9º, I, do Decreto nº 3.048/1999)*”.

Plenário Virtual - minuta do voto - 26/06/2000