

Salário-maternidade. Inconstitucionalidade da EC-20/98, que limitou a prestação
PARECER
 devido pelo INSS.

1. Versa a consulta sobre a remuneração da empregada durante a licença-maternidade, em face da determinação da Emenda Constitucional nº 20, de 1998, que limitou a R\$ 1.200,00 mensais o pagamento a ser efetuado pelo INSS.
2. Para evitar a discriminação contra o trabalho feminino, a Convenção nº 103, de 1952, da Organização Internacional do Trabalho, dispôs que as prestações monetárias devidas à empregada durante o seu licenciamento, antes e depois do parto, devem ficar a cargo de um sistema de seguros sociais ou de fundos públicos (art. 4º, § 4º), não podendo a legislação nacional impor ao empregador o ônus direto da manutenção dos salários da gestante (art. cit., § 8). Esse tratado multilateral entrou em vigor no âmbito internacional a 07 de setembro de 1955 e o Brasil o ratificou em 18 de junho de 1965, após ter sido aprovado pelo Congresso Nacional (Decreto Legislativo nº 2065), conforme se vê do Decreto de promulgação nº 58.820, de 1966.
3. Com o objetivo de harmonizar a legislação brasileira com essa Convenção, sugerimos ao Presidente ERNESTO GEISEL que o salário-maternidade, então da responsabilidade direta do empregador, passasse a ser custeado pela Previdência Social, mediante contribuição de todos os empregadores. Neste sentido o Presidente encaminhou projeto ao Congresso Nacional, que se transformou na Lei nº 6136, de 1974.
4. A nova Constituição manteve essa diretriz, inserindo a "**proteção à maternidade, especialmente à gestante**", nos planos de previdência social que devem ser atendidos mediante contribuição, nos termos da Lei (art. 201, caput e inciso III).
5. Destarte, cabe ao empregador atuar, no caso, nos termos da delegação legal, pagando à empregada os salários do período de licenciamento e os deduzindo do montante de contribuições que mensalmente tem de recolher ao INSS (art. 4º da Lei nº 6136/74).
6. A Carta Magna inclui no elenco das prestações da previdência social a "**proteção à maternidade, especialmente à gestante**" (art. 201,

mantido como inciso II pela Emenda Constitucional citada), tendo sido a matéria regulada pelos arts. 71 a 73 da Lei nº 8.213, de 1991, com as alterações resultantes das Leis nºs 8.861 e 9.258, de 1994 e 1997, respectivamente.

7. O salário-maternidade é devido pelo período de 120 dias, com início a partir de 28 dias antes do parto (art. 71 da Lei cit.). Durante esse lapso, a empregada tem suspenso o seu contrato de trabalho, pois o empregador lhe paga os salários (salvo para as domésticas), em nome do INSS.

8. A Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, que alterou diversas normas atinentes ao custeio e às prestações da Previdência Social, dispôs no seu art. 14:

“O limite máximo para o valor dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social de que trata o art. 201 da Constituição Federal é fixado em R\$ 1.200,00 (hum mil e duzentos reais) devendo, a partir da data da publicação desta Emenda, ser reajustado de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelo mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral da previdência social”.

9. Com base nessa disposição, o INSS expediu a Ordem de Serviço nº 619/98, acentuando, no seu item 4.3, que esse limite é também aplicável ao salário-maternidade.

10. Ora, se o art. 7º da Constituição, em preceito insusceptível de abolição por emenda constitucional (cláusula pétrea – art. 60, § 4º, nº IV), assegura a licença à gestante sem prejuízo do salário e se a Convenção da OIT nº 103, ratificada pelo nosso País, proíbe que, durante o licenciamento da gestante, o salário seja pago diretamente pelo respectivo empregador, a fim de evitar a discriminação contra o trabalho feminino – forçoso é concluir que o limite fixado pelo art. 14 da Emenda Constitucional nº 20 não se aplica ao reembolso dos salários pagos, por delegação legal, pelo empregador, à empregada gestante compulsoriamente licenciada.

11. Essa conclusão tem a fundamentá-la o estatuído no § 2º do art. 5º da nossa Carta Magna, em virtude do qual as normas inseridas nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil complementaram os direitos e garantias fundamentais na Constituição. Dispõe ele:

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

12. Conforme acentuou o douto Ministro SEPULVEDA PERTENCE no judicioso voto acolhido pelo Supremo Tribunal Federal,

“parece inquestionável – e sobre isso não houve controvérsia na ADIn-1480- que os direitos sociais dos trabalhadores, enunciados no art. 7º da Constituição, se compreendem entre os direitos de garantias constitucionais incluídos no âmbito normativo do art. 5º, § 2º, de modo a reconhecer alçada constitucional às convenções internacionais anteriormente codificadas no Brasil” (Sessão Plenária de 24.09.97 na ADIn-1675-1).

13. Por conseguinte, os salários integrais da gestante, que lhe são entregues pelo empregador no seu licenciamento, devem ser reembolsados pelo INSS, sem qualquer limitação. Nesse sentido manifestou-se o ilustre Magistrado aposentado IRANY FERRARI em bem fundamentado trabalho, no qual apresentou as seguintes conclusões:

- “1) A maternidade, como um direito fundamental tem sua garantia específica na CF/88, no art. 7º, XVIII, quanto ao emprego e ao salário;**
 - 2) Tal garantia, é inerente ao ato da vida graças à maternidade, justificando sua qualificação de garantia fundamental que se individualiza a cada ato gerador da vida humana;**
 - 3) Por tal significado, não pode ser a maternidade tratada no mesmo rol de benefícios previdenciários, de forma genérica, quanto ao teto fixado pela Emenda Constitucional n. 20.**
 - 4) Em razão dessa diferença é que a CF/88 tratou a maternidade de forma diferenciada, assegurando à gestante emprego e salário no período de 120 dias, no art. 7º, inciso XVIII, bem como estabilidade desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto (art. 10, II, b, das Disposições Transitórias.**
-

6) Assim, independentemente dos posicionamentos interpretativos a esse respeito, é coerente o entendimento de que a parte excedente ao teto também deve ficar a cargo da Previdência Social, não só porque esse benefício previdenciário tem fonte de custeio total e específico para isso, bem assim por não poder a Emenda Constitucional abolir 'direitos e garantias individuais' (Suplemento Trabalhista LTr nº 20/99).

14. No mesmo sentido opinaram EDUARDO GABRIEL SAAD ("Suplemento Trabalhista LTr nº 20/99"), OCTÁVIO BUENO MAGANO ("O Estado de São Paulo", de 18.01.99), AMAURI MASCARO NASCIMENTO E SILVIA YURI KAMINURA (Suplemento cit., nº 45/99).

15. Entendemos, assim, que a Consulente pode descontar das contribuições recolhidas ao INSS o valor global dos salários pagos às empregadas no curso da licença-maternidade, tal como prescreve a Lei nº 6136, de 1974. Obviamente essa autarquia irá glosar os descontos excedentes desse limite fixado pela OS-619/98; mas o bom direito poderá ser reconhecido pelo Poder Judiciário.

S.M.J. é o nosso parecer.

Rio de Janeiro, 30 de março de 1999

ARNALDO SÜSSEKIND

CONSULTOR - OAB/RJ nº 2100