

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE SALÁRIO MATERNIDADE

Stella Manaces de Assis Dionísio

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo principal analisar a (in) constitucionalidade da incidência da contribuição previdenciária no salário maternidade. Fazendo um estudo histórico da integração da mulher no mercado de trabalho, sua evolução, entendendo também os conceitos e definições do salário maternidade e das contribuições previdenciárias, assuntos importantíssimos para entendimento do tema e por fim uma análise sobre a própria incidência da contribuição previdenciária no salário maternidade, como diagnóstico, se existe ou não inconstitucionalidade nesse desconto.

Palavras chave: Salário-maternidade; contribuição previdenciária; (in) constitucionalidade.

INTRODUÇÃO

Justifica-se a pesquisa, sob o tema “A (in) constitucionalidade da incidência de contribuição previdenciária sobre salário maternidade” por ser um tema pouco trabalhado e existir um problema jurídico. O objetivo é analisar se existe inconstitucionalidade nos descontos das contribuições previdenciárias sobre o salário maternidade. Assim, levanta-se como problema, se o tema proposto fere as garantias constitucionais do salário-maternidade.

A esse respeito, tem-se como metodologia a confecção de pesquisa teórico dogmática, haja vista a necessidade de explicação de cunho bibliográfico. Em face do universo discutido, o trabalho se revela interdisciplinar, pois aborda o Direito Constitucional, Direito do Trabalho e Direito Previdenciário.

Como Marco Teórico da monografia em epígrafe, tem-se as ideias sustentadas pela ação de inconstitucionalidade, impetrada pelo Procurador Geral da República, com pedido de medida cautelar, sobre contribuição previdenciária sobre salário maternidade; ofensa à proteção à maternidade e ao direito ao trabalho da mulher. Que alega ser inconstitucional o descontos referentes à contribuição previdenciária sobre salário maternidade.

Neste sentido, a presente monografia é dividida em três capítulos distintos. O primeiro intitulado “À evolução feminina, proteção à maternidade e ao mercado de trabalho da mulher”, que pretende trabalhar a luta da mulher pela evolução no mercado de trabalho. O segundo capítulo, denominado “Natureza e definição do salário maternidade e das contribuições previdenciárias”, trabalha os conceitos e definições de forma mais ampla sobre o salário maternidade e as contribuições previdenciárias. Por fim o terceiro capítulo, “Da (in) constitucionalidade da incidência das contribuições previdenciárias sobre salário maternidade”, que trabalha o conceito constitucional do tema, efetuando uma análise aprofundada.

CAPÍTULO I- EVOLUÇÃO FEMININA, PROTEÇÃO À MATERNIDADE E AO MERCADO DE TRABALHO DA MULHER

1.1 Evolução feminina na história

Durante muitos anos as doutrinas religiosas deixaram as mulheres em condição inferior ao homem, criando assim sociedades completamente patriarcais. As mulheres assumiram o papel de subordinadas, fadadas a uma citação de anonimato, cumprindo apenas o que lhe era imposto.

Aquelas que não se contentavam com o papel lhe imposto pela sociedade machista eram denominadas bruxas, pois fugiam ao modelo de mulher virtuosa e pura, as denominadas bruxas simplesmente por fazer uso de plantas medicinais, exerciam o liberdade sexual e religiosa e política dentre muito outros aspectos era considerado pela igreja demoníaca e sacrificadas de forma brutal, afogadas ,queimadas mutiladas, para então assim purificar sua alma para ter um julgamento justo no arrebatamento. ¹

Essa época escura da história da igreja fora chamada de Inquisição, também conhecida como santo officio, um tribunal eclesiástico criado com finalidade de investigar e punir os crimes contra a fé católica.

Atualmente, a mulher ainda luta contra essa submissão imposta pela sociedade desde os primórdios. Muitas lutas foram ganhas e muitos direitos adquiridos, mas muitas batalhas ainda terão de ser travadas na tentativa de igualar os direitos das mulheres.

“No comando do Papa João Paulo II, a igreja católica reconheceu seu erro, pedindo desculpas à humanidade pelas barbáries cometidas pelos seus representantes em nome da fé e da moral, reconhecendo publicamente as falhas e desmandos da igreja em sua carta apostólica Advento do terceiro milênio.” ²

1.2 Introdução da mulher no mercado de trabalho

Toda vez que buscamos entender o papel da mulher no mercado de trabalho temos que voltar no tempo e entender como foi a evolução feminina, conhecendo sua história entendemos sua realidade de hoje pois a sociedade tinha ainda o reflexo das civilizações

¹ AQUINO, Felipe. **A inquisição**. Disponível em: <http://cleofas.com.br/a-inquisicao/>. Acesso em 15 de novembro de 2017.

² PAULO. João. **Carta apostólica Tertio Millennio**. Disponível em http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/apost_letters/1994/documents/hf_jp-ii_apl_19941110_tertio-millennio-adveniente.html. Acesso em 15 de novembro de 2017.

antigas com modelos e estruturas patriarcais onde quem mandava era o homem e restava a mulher a casa e os filhos.

A inserção da mulher no mercado de trabalho foi longa e trabalhosa pois deu-se pela necessidade financeira no ganho da família pois as convenções do século passados ditavam a regra que o homem era o único que podia trabalhar fora com ganho em dinheiro, e durante muitos anos essa cultura se disseminou pelo mundo.³

A trajetória da mulher tem sido constantemente dificultada quando se trata do mercado de trabalho, até a atualidade existem problemas de ordem privada que dificultam a sua contratação.

Com a chegada da primeira guerra mundial e com o número enorme de viúvas sem sustento para si e sua prole, a mulher foi obrigada a assumir o comando do sustento financeiro do seu lar muitas das vezes comandando os projetos e o trabalho que eram realizados pelos seus maridos. Surgindo assim o primeiro passo para o avanço na evolução feminina no mercado de vista com trabalho. Com a revolução industrial já implantada desde (1760- 1840) e já consolidada as mulheres foram a preferência das contratações das indústrias pois era na o de obra extremamente barata e trabalhavam em analogia quase escrava. Segundo Alice Monteiro de Barros que o emprego generalizado de mulheres superou a contratação masculina pois a indústria reduz o esforço físico e tornou possível a utilização de forças que não poderia reivindicar para o trabalho pois as mulheres não tinham voz na época.⁴

Com o decorrer dos anos e com a implantação do sistema capitalista, o trabalho feminino ganhou uma proteção mínima com a consolidação da constituição de 1932. Mas não deixou de ser excessivamente explorado.

Para Zamariolli:

A mulher tinha que cumprir jornadas de trabalho de até 17 horas diárias em condições insalubres, sendo submetida a humilhações e espancamentos, chegando a ter desvantagem salarial de até 60% em relação aos homens. Com este cenário de exploração e injustiça surgiram manifestações operárias ,pela Europa e Estados Unidos, tendo como principal reivindicação a redução da jornada de trabalho para oito horas⁵.

³ CAMARGO, Orson. "A mulher e o mercado de trabalho"; *Brasil Escola*. Disponível em <<http://brasilecola.uol.com.br/sociologia/a-mulher-mercado-trabalho.htm>>. Acesso em 18 de novembro de 2017.

⁴ SOARES, Márcia. 100 anos da primeira guerra mundial. Disponível em <http://editoras.com/100-anos-da-primeira-guerra-mundial/>. Acesso em 15 de novembro de 2017.

⁵ ZAMARIOLLI, Marlene Mota. **A Mulher na Política**. Disponível em < www.portal.santos.sp.gov.br> Acesso em 17 de outubro de 2017

Com a inserção definitiva da mulher no mercado de trabalho e o capitalismo consolidado, a mulher também obteve mais uma vitória no direito à educação .

Segundo D'Alonso:

As mulheres deixaram de ser apenas meras donas-de-casa e passaram a ser não somente mãe, esposa e também operária, enfermeira, professora e mais tarde, arquiteta, juíza, motorista de ônibus, bancária entre outras das mais diversificadas profissões, ocupando um cenário que antes era masculino⁶.

1.3 A discriminação contra a mulher

Com sua ascensão a mulher ganhou também uma carga discriminatória muito grande pois seu gênero considerado sexo frágil não era muito aceito quando se tratava de substituição masculina no Brasil como também na maioria do mundo não era diferente.

A violência contra as mulheres é talvez a mais vergonhosa violação dos direitos humanos. Não conhece fronteiras geográficas, culturais ou de riqueza. Enquanto se mantiver, não poderemos afirmar que fizemos verdadeiros progressos em direção à igualdade, ao desenvolvimento e à paz.⁷

A constituição brasileira eliminou pelo menos de maneira formal, quaisquer forma de discriminação contra a mulher no contexto empregatício, previsto no artigo 5º, caput e inciso I:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.⁸

Esta igualdade é chamada de formal. Esse princípio da igualdade garante o tratamento igualitário de acordo com a lei para os cidadãos.

Algumas formas de discriminação contra as mulheres no mercado de trabalho estão ligadas a maternidade.

⁶ D'ALONSO, Gláucia de Lima. **Trabalhadoras brasileiras e a relação com o trabalho: trajetórias e travessias**. Disponível em: < [http:// www.inesc.org.br](http://www.inesc.org.br)> Acesso em 17 outubro de 2017.

⁷ PAGNONCELLI, Heloísa. **Violência Doméstica**. Acesso em 15 de novembro de 2017.

⁸ BRASIL, Constituição(1988). **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico,1988, p 2.

Fortalecendo também as garantias sociais destinadas a maternidade em busca de assegurar igualitária participação feminina no mercado protegendo assim sua vida e dignidade, protegendo também sua prole Art. 6º,

São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.⁹

A Constituição da República afiançou garantias sociais destinada à maternidade, assegurando igualitária participação feminina no mercado de trabalho seguindo esse firme comando antidiscriminatório com a proteção do mercado de trabalho da mulher. Observando incentivos específicos em seu artigo 7º,XXX:

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

XXX- Proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.¹⁰

Conforme o Censo de 2010, a participação da mulher no mercado de trabalho ainda é consideradamente baixa:

Apesar da entrada da mulher no mercado de trabalho ter significado um grande avanço, os dados do Censo apontam que elas têm se concentrado em ocupações consideradas extensões da vida doméstica. A análise da taxa de atividade mostra que, em 2000, apenas 44,1% das mulheres estavam no mercado de trabalho. O maior nível de atividade feminina se concentra entre as que tinham entre 25 e 49 anos de idade, faixa que apresentou a maior variação entre 1991 (45,3%) e 2000 (61,5%). A dualidade de gênero no mercado de trabalho pode ser observada tanto pela inserção no mercado quanto pela remuneração. Tanto mulheres como pretos ou pardos estão concentrados em trabalhos mais precários e em ocupações de baixa qualificação e mal remunerados. Não raramente trabalham sem carteira assinada e sem garantias trabalhistas. Também é possível observar as disparidades na qualidade de trabalho de mulheres e pretos ou pardos quando se analisa a distribuição desses grupos populacionais segundo a posição . a maior parcela da população está concentrada nas categorias em emprego e trabalhador por conta própria mas , mas em relação as mulheres , o destaque é o trabalho doméstico ou o trabalho sem remuneração que , juntos , somam quase 28% da população. ¹¹

⁹BRASIL, Constituição(1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico,1988, p 5.

¹⁰BRASIL, Constituição(1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal:Centro Gráfico,1988, p5.

¹¹IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Mapa do mercado de trabalho no Brasil. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/trabq1\alho/9483-mercado-de-trabalho.html><. Acesso: dia 20 de outubro de 2017

Entre os obstáculos para mulheres contata-se a discriminação em termos de ensino, formação, contratação, acesso ao crédito, promoção para trabalhos iguais, gênero, idade, incluindo também a parte que a mulher se torna oneroso para empresa por conta da licença maternidade ou que existem maiores índices de faltas no trabalho, dentre outras formas explícitas de discriminação.

1.4 Proteção a maternidade

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) foi pioneira em relação à legislação sobre a mulher em seu estado gravídico ela necessita cuidados especiais e de maior proteção devido ao seu delicado estado, então essa primeira norma foi a convenção nº3 de 1919 promulgada pelo art. 3º do decreto 423:

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

- a) não será autorizada a trabalhar durante um período de seis semanas, depois do parto;
- b) terá o direito de deixar o seu trabalho, mediante a exibição de um atestado médico que declare esperar-se o parto, provavelmente dentro em seis semanas;
- c) receberá, durante todo o período em que permanecer ausente, em virtude dos parágrafos (a) e (b), uma indemnização suficiente para a sua manutenção e a do filho, em boas condições de higiene; a referida indemnização, cujo total exato será fixado pela autoridade competente em cada país, terá dotada pelos fundos públicos ou satisfeita por meio de um sistema de seguros. Terá direito, ainda, aos cuidados gratuitos de um médico ou de uma parteira. Nenhum erro, da parte do médico ou da parteira, no cálculo da data do parto, poderá impedir uma mulher de receber a indemnização, a qual tem direito a contar da data do atestado médico até aquela em que se produzir o parto;
- d) terá direito em todos os casos, se amamentar o filho, duas folgas de meia hora que lhe permitam o aleitamento¹².

Passando a ter direito à licença maternidade antes e depois do parto garantindo seu emprego de volta e ajuda econômica, prevendo o pagamento pelos cofres públicos mediante sistema de seguros.

No Brasil a licença maternidade foi instituída no ano de 1943 com a consolidação das leis trabalhistas a CLT proibindo o trabalho da mulher grávida no período de seis semanas

¹²OIT. Organização Internacional do trabalho. Convenção. Disponível em: http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_003.html <assesso sai 27 de outubro de 2017.

antes e seis semanas depois do parto que seria determinada pelo atestado médico. As normas internacionais continuaram a reger as condutas do Estado em 1952 a convenção nº 3 foi substituída pela convenção nº 103 ratificada pelo Brasil em 18 de junho de 1965 e promulgada pelo decreto 58.820, de 14 de julho de 1966.

Também dispõem o art. 4º:

1. Quando uma mulher se ausentar de seu trabalho em virtude dos dispositivos do artigo três acima, ela tem direito a prestações em espécie e a assistência médica.
4. As prestações em espécie e a assistência médica serão concedidas quer nos moldes de um sistema de seguro obrigatório quer mediante pagamento efetuados por fundos públicos, em ambos os casos serão concedidos de pleno direito a todas as mulheres que preenham as condições estipuladas.
8. Em hipótese alguma, deve o empregador ser tido como pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas às mulheres que ele emprega.

Segundo Alice Monteiro de Barros, essa disposição “foi para evitar que a mão de obra feminina se tornasse mais onerosa, reduzindo as oportunidades de emprego ou profissão das mulheres.”¹³.

Para Homero Batista Mateus da Silva,

reconhece-se a necessidade de disposições destinadas a corrigir “as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho” e exorta a suplementação desse tema através de negociação coletiva, o que é bastante razoável para atender a alguma peculiaridade de categoria ou de empresa não contemplada pelo legislador, como higiene no local de trabalho, comparecimento a reunião de pais e mestres e assim por diante. A doutrina especializada refere distorções de duas ordens no mercado de trabalho: uma discriminação de cunho horizontal, quanto à oferta de oportunidades para as mulheres, e outra, de cunho vertical, assim entendida a falta de chances para ascensão ou movimentação na carreira empresarial.¹⁴

No Brasil então até a ratificação da convenção 103 da OIT, atribuía ao empregador o pagamento dos salários integrais no período da licença maternidade, para colocar para valer essa norma internacional a Lei 6.136 de 7 de novembro de 1974 que retirou do empregador essa carga transferindo assim para a previdência social nesse período de pós parto:

¹³ BARROS, Alice Monteiro de. **A mulher e o direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1995, p. 45.

¹⁴ SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de direito do trabalho aplicado (livro eletrônico): saúde e segurança do trabalho**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p 142.

Art. 2º O salário-maternidade, que corresponderá à vantagem consubstanciada no artigo 393 da Consolidação das Leis do Trabalho, terá sua concessão e manutenção pautadas pelo disposto nos artigos 392, 393 e 395 da referida Consolidação, cumprindo às empresas efetuar os respectivos pagamentos. (Redação dada pela Lei nº 6.332, de 1976)

§ 1º O valor bruto do salário-maternidade pago à empregada, aí incluída a contribuição dele descontada para a previdência social, será deduzido do montante que as empresas recolhem mensalmente ao INPS a título de contribuições previdenciária¹⁵

Art. 3º da lei 6.136 de 7 de novembro de 1974:

Art. 3º O salário-maternidade continuará sujeito ao desconto da contribuição previdenciária de 8% (oito por cento) e à incidência dos encargos sociais de responsabilidade da empresa.¹⁶

Com a consolidação da CF/88, o Estado continuou legislando e ampliando a proteção à mulher e seus direitos fundamentais.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição¹⁷

Na lei 10.421/2002, art. 392 caput, foi regulamentado o direito às mulheres de licença maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo ao salário e ao emprego, se tornando mais uma vitória dessa classe trabalhadora, art. 392. “A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário.”¹⁸

As mulheres tendem a sofrer mais do que os homens com o estresse de uma carreira, pois as pressões do trabalho fora de casa não são amenizadas por se tratar de mulheres, pelo contrário, estas, precisam dar bem mais de si mesmas, dedicando-se no mercado de trabalho e, quando voltam para casa, dedicam-se com a mesma intensidade ao trabalho doméstico. Pouco a pouco as mulheres vão ampliando seu espaço na economia nacional.

A história da mulher no mercado de trabalho no Brasil ainda está sendo escrita.

¹⁵ PLANALTO. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6136.htm< Acesso em 27 de outubro de 2017.

¹⁶ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6136.htm<asseso em 27 de outubro de 2017> Acesso em 27 de outubro de 2017.

¹⁷ Brasil, Constituição(1988). Constituição da República Federativa do Brasil .Brasília ,DF: Senado Federal :Centro Grafico,1988. 2p

¹⁸ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10421.htm<asseso em 27 de outubro de 20017>

CAPÍTULO II- NATUREZA E DEFINIÇÃO DO SALÁRIO MATERNIDADE E DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

2.1 Do salário maternidade

O salário maternidade compreende um benefício previdenciário pago durante 120 dias pelo INSS (Instituto Nacional de Seguro Social), tendo como base o conceito de um benefício compensatório, como natureza salarial, alimentar, pago a segurada empregada, em decorrência do nascimento de filho ou por obtenção de guarda judicial para fins de adoção.

Existe a diferença entre a licença maternidade e o salário maternidade. A licença consiste no período de 120 dias de afastamento da empregada, já o salário maternidade é o pagamento efetuado em decorrência do afastamento.

Não é difícil encontrar material para tecer sobre o tema, no livro de Sérgio Pinto Martins, ele diz que,

o salário maternidade é o benefício previdenciário consistente na remuneração paga pelo INSS à segurada gestante durante seu afastamento, de acordo com o período estabelecido por lei e mediante comprovação médica.¹⁹

As regras para a licença-maternidade e o salário-maternidade estão previstas no art. 7º, XVIII e art. 201, II, da CF/88, também art. 71 a 73 da Lei nº 8.213/91 e art. 93 a 103 do Decreto nº 3.048/99, que retrata seus aspectos e cautelas para com a empregada, para que esta não reste prejudicada pela sua condição gravídica, trazendo proteção.

Cabe enfatizar que, qualquer segurada, tem direito ao salário-maternidade, ou seja, a empregada urbana, rural, temporária, doméstica, trabalhadora avulsa, as contribuintes individuais também, como autônoma, eventual, empresária, segurada especial e facultativa.

De acordo com Homero Batista Mateus da Silva,

A licença-maternidade abrange todas as empregadas, inclusive as rurais, por disposição expressa do art. 7.º, caput, as avulsas e as domésticas, conforme rol de direitos assegurados no parágrafo único do art. 7.º. Independentemente de haver ou não direito à garantia de emprego, como foi o caso da doméstica de 1988 a 2006, a licença-maternidade sempre esteve assegurada.²⁰

¹⁹MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 35ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p 394.

²⁰SILVA, Homero Batista Mateus da. Curso de direito do trabalho aplicado (livro eletrônico): saúde e segurança do trabalho. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p 142.

No entanto, não foi sempre assim, com o tempo e muita luta da classe feminina, esse amparo foi crescendo, segundo Sérgio Pinto Martins, anteriormente,

a empregada tinha direito a auxílio correspondente à metade dos seus salários, de acordo com a média dos seis últimos meses, que seria pago pelas Caixas criadas pelo Instituto de Seguro Social e na falta destas, pelo empregador.²¹

Como se pode ver, o progresso da legislação não para, o direito vive em constante alteração, atualmente mesmo, é possível presenciar discussões sobre amplos assuntos, inclusive sobre a contribuição previdenciária incidente no salário maternidade, tema deste digno trabalho, que será mais bem trabalhado adiante.

A finalidade social do salário maternidade é propiciar o descanso da mulher trabalhadora, e garantir o contato da mãe com a criança nos primeiros meses de vida, inclusive prestando a alimentação necessária, com o aleitamento materno exclusivo, essencial para um bom desenvolvimento da criança.

Para Miguel Horvath Júnior, “o salário-maternidade é concedido visando à proteção da mulher, bem como à proteção do filho”.²²

Conforme expõe Marcelo Leonardo Tavares,

O salário maternidade, juntamente com o salário família, é um dos benefícios que visam à cobertura dos encargos familiares. Tem por objetivo a substituição da remuneração da segurada gestante durante os cento e vinte dias de repouso, referentes à licença maternidade.²³

O salário maternidade é a prestação da previdência social e necessita de contribuição, conforme art. 201 da CF/88:

Art. 201- A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá nos termos da lei.²⁴

A natureza jurídica do salário-maternidade é de benefício previdenciário, pois é a previdência social que faz o seu pagamento, art. 71 da Lei 8.213.

Nas palavras de Sérgio Pinto Martins,

²¹MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 35ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p 392.

²²JÚNIOR, Miguel Horvath. **Direito Previdenciário**. São Paulo: Quartier Latin, 2008,p.283.

²³TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris,2008, p 160.

²⁴BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, p 6.

o pagamento feito a título de licença gestante não representa salário, em razão de que é feito pelo INSS e não pelo empregador. Segurada autônoma, não tem, por exemplo, salário. O art. 72 da Lei nº 8213 faz referência que o salário-maternidade é uma renda mensal igual à remuneração integral da segurada empregada e trabalhadora avulsa. Entretanto, não quer dizer que o salário-maternidade tem natureza de remuneração, mas continua a ser um benefício previdenciário.²⁵

Para Wladimir Novaes Martinez,

o salário maternidade é prestação trabalhista cometida à previdência social, espécie de licença maternidade médica remunerada em razão da incapacidade para o trabalho decorrente da gravidez, do parto e do aleitamento.²⁶

Fato importante é retratar que o benefício é devido em razão da gravidez em estado adiantado, ou nascimento, indiferente se com ou sem vida.

O benefício pode ser concedido na hipótese de parto antecipado e se a vítima de aborto não criminoso, a segurada tem direito à prestação durante duas semanas. Mesmo antes de seis meses, sobreviveu ao nascimento com vida, não importando o falecimento logo após, ela se impõe.²⁷

A proteção à empregada gestante se consolida diante da estabilidade provisória; pela licença maternidade com duração em regra de 120 dias, devendo ser 28 dias antes e 91 dias após o parto; pela possibilidade de alteração da sua função ou do âmbito que executa seu trabalho; se por prescrição médica.

Uma alteração ainda recente e muito promissora foi estender o salário maternidade ou paternidade para adoção.

Assim esclarece Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari,

A lei nº 12.873 de 24/10/2013, dentre outras medidas, passou a proteger o segurado ou segurada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção, considerando o salário maternidade pelo período de 120 dias, independente da idade da criança.²⁸

Havendo adoção ou guarda para fins de adoção de criança com até 08 anos, será devido à segurada independentemente de a mãe biológica ter recebido o mesmo benefício quando do nascimento da criança. Importante também, que não é devido salário maternidade

²⁵MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 35ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.395.

²⁶MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de direito previdenciário**. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2011. p.890.

²⁷MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de direito previdenciário**. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2011. p.889.

²⁸CASTRO, Carlos Alberto Pereira de, LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.p.844.

quando o termo de guarda não contém a observação de que o salário maternidade é para fins de adoção.

Caso ocorra, a adoção de mais de uma criança na mesma oportunidade, o salário-maternidade será devido levando em consideração para efeito do tempo do benefício à criança que tenha idade inferior.

Nas palavras de Homero Batista Mateus da Silva,

a licença se justifica pelos cuidados mais do que especiais de que a criança necessita na chegada a um novo lar, embora o organismo feminino não tenha passado pelas conhecidas alterações da gestação. Em cada uma dessas hipóteses, destarte, a licença guarda relação de analogia com a gestação biológica.²⁹

Para Sérgio Pinto Martins, “é bastante razoável o entendimento da concessão do benefício à adotante para que ela possa cuidar da criança e para que esta possa se adaptar à nova residência, às novas pessoas.”³⁰

No que tange à adoção monoparental, vale destacar o pensamento de Marcelo Leonardo Tavares,

apesar de não previsto em lei, entendo possível o deferimento de salário maternidade para o segurado em caso de adoção monoparental. Se o objetivo, neste caso, é permitir uma melhor adaptação no convívio com o adotado e a adoção é realizada somente por um homem, estaria perfeita a analogia para o fim da concessão da prestação.³¹

Ainda se faz necessário ressaltar, que o período em que a segurada empregada estiver afastada do trabalho em decorrência de percepção de salário maternidade, este período de afastamento será computado no tempo de serviço da empregada para questões de férias e aposentadoria. Também será devido o depósito do FGTS na conta e a base de cálculo do mesmo será revista quando ocorrer aumento da categoria.

Para Maurício Godinho Delgado,

A maioria da doutrina insiste que o correto enquadramento no presente caso, é o que se reporta à interrupção contratual. E com inteira razão, sem dúvida. De fato, todos os efeitos básicos da interrupção compõem a presente situação trabalhista. Ilustrativamente, mantém-se a plena contagem do tempo de serviço obreiro para todos os fins (gratificações, se houver; 13 salário;

²⁹SILVA, Homero Batista Mateus da. Curso de direito do trabalho aplicado (livro eletrônico): saúde e segurança do trabalho. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 142.

³⁰MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 379.

³¹TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 160.

período aquisitivo de férias, etc); mantém-se o direito às parcelas que não sejam salário condição; mesmo quanto a estas, se forem habituais, mantém-se a obrigação de seu reflexo no cálculo do montante pago à obreira o período de afastamento; preserva-se por fim, a obrigação empresarial de realizar depósitos de FGTS na conta vinculada da empregada no período de licença (art. 28, Decreto n. 99.684/90).³²

O autor ainda destaca que,

[...] trata-se de caso de interrupção contratual em que a ordem jurídica buscou minorar os custos normalmente assumidos pelo empregador, isso em decorrência de uma política social dirigida a eliminar discriminações à mulher no mercado de trabalho. É que, se fossem mantidos todos os custos da interrupção no presente caso, prejudicar-se-ia a mulher obreira, dado que se estaria restringindo comparativamente seu mercado de trabalho (seus contratos seriam potencialmente mais caros para o empregador, levando este a práticas discriminatórias contra as mulheres).³³

O valor do salário-maternidade varia de acordo com a atividade laborativa exercida pela segurada beneficiária, numa renda mensal igual à sua remuneração integral.

2.2 Da contribuição Previdenciária

Em 1990 foi criado o INSS (Instituto Nacional de Seguro Social), por meio da Lei 8.029/1990. Além da Constituição Federal de 1988, a legislação que atualmente regulamenta a seguridade social é composta das seguintes normas básicas: Lei 8.212/1991 (Plano de Organização e Custeio da Seguridade Social- PCSS); Lei 8.213/1991 (Plano de benefícios da Seguridade Social- PBSS); Lei 8.742/1993 (Lei Orgânica da Assistência Social- LOAS); Decreto nº 3.048/1999 que regulamenta a Previdência Social, entre outras. Assim, é possível perceber que a Previdência Social é regida por muitas normas.

O sistema de seguridade social, no qual se baseia o regime atual, é puramente contributivo, dependente das contribuições sociais.

Para Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari,

o salário de contribuição é valor que serve de base de cálculo para a incidência das alíquotas das contribuições previdenciárias dos segurados, à exceção do segurado especial. É um dos elementos de cálculo da contribuição previdenciária; é a medida de valor com a qual, aplicando-se a alíquota de contribuição, obtém-se o montante da contribuição dos segurados empregados, incluindo os domésticos, trabalhadores avulsos, contribuintes individuais e, por extensão, os segurados facultativos.³⁴

³²DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2009, p. 992.

³³DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2009, p. 992.

³⁴CASTRO, Carlos Alberto Pereira de, LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.p 241.

No regime adotado pela ordem jurídica, não se pode fixar os olhos somente na finalidade meramente arrecadatória das contribuições, para fazer frente às despesas públicas.

“Por esse motivo, é importante fixar com clareza e precisão não apenas o salário de contribuição, mas a época em que o mesmo foi (ou devia ter sido) pago pelo tomador de serviço do segurado, de modo a receber o benefício previdenciário”.

A base de cálculo tomada para quantificar o valor é medida pelo fato gerador.

Para Wladimir Novaes Martinez,

o salário de contribuição é uma grandeza fiscal pecuniária útil para aferição da contribuição do segurado e do salário de benefício. Por eleição do legislador e também a remuneração do doméstico e salário base dos contribuintes individuais, ele atrai o nível de renda mensal de prestações calculadas.³⁵

O objetivo da contribuição previdência é conseguir efetivamente cobrar das empresas prestadoras de serviços a exigência devida à Previdência Social. Assim é feita a retenção na fonte do pagamento realizado pelo tomador de serviço à empresa prestadora.

Para Sérgio Pinto Martins,

A natureza jurídica da contribuição, embora incida sobre o faturamento da prestadora de serviços, e de compensar a retenção com a contribuição devida sobre a folha de pagamentos. Logo, é uma modalidade de antecipação do recolhimento da contribuição sobre a folha de pagamentos e não uma contribuição sobre o faturamento. É uma forma de retenção na fonte.³⁶

O valor bruto da fatura ou da nota fiscal de prestação de serviços é a base de cálculo da contribuição de 11% , não sendo admitida reduções.

“A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter 11% do valor bruto da nota fiscal ou fatura da prestação de serviços e recolher a importância em nome da empresa da cedente.”³⁷

Ainda nas palavras de Sérgio Pinto Martins,

a base de cálculos deve ser específica e relacionada com o fato gerador da obrigação tributária. No caso, a base de cálculo é o faturamento da empresa prestadora de serviços e o fato gerador é a folha de salários da referida empresa, isto é, o pagamento feito ao empregado. Há completa

³⁵MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de direito previdenciário**. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2011. p.475.

³⁶MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 189.

³⁷MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 192.

desvinculação da base de cálculo em relação ao fato gerador. Sob esse ângulo, portanto, não poderia ser exigida a contribuição.³⁸

A contribuição do segurado empregado, inclusive o avulso, é calculada mediante a aplicação da correspondente alíquota de forma não cumulativa, sobre seu salário de contribuição mensal.

Na visão de Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari,

para o empregado e o trabalhador avulso, o salário de contribuição e 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 sua forma, inclusive 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 o tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato, ou ainda de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa.³⁹

O salário de contribuição deve refletir a remuneração auferida ou devida em razão dos dias realmente trabalhados.

“Efetivamente, se alguma verba não foi quitada pelo empregador, está ainda assim se configura como salário de contribuição, pois a inadimplência dos direitos não acarreta a inexistência do fato gerador que é a prestação laboral e não o mero pagamento.”⁴⁰

Quando o segurado laborar em mais de um emprego ou ocupação, está sujeito ao salário de contribuição em cada um deles de maneira proporcional.

se o salário não atingir o teto da contribuição em apenas uma das empresas, deverá haver recolhimento sobre as remunerações auferidas em todas as empresas. Se em uma das empresas tiver salário superior ao teto do salário de contribuição, não precisará recolher sobre os valores recebidos nos demais empregos ou ocupações, devendo haver comunicação aos empregadores ou tomadores de serviço para esse fim. Em todo caso, se houver recolhimento de contribuição sobre o valor superior ao teto do salário de contribuição, cabe a restituição do valor que exceder ao teto.⁴¹

Para fins previdenciários, o salário-maternidade também é considerado salário de contribuição, sendo o único benefício previdenciário que sofre dedução da contribuição da segurada.

³⁸MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 192.

³⁹CASTRO, Carlos Alberto Pereira de, LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.p 245.

⁴⁰CASTRO, Carlos Alberto Pereira de, LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.p 247.

⁴¹CASTRO, Carlos Alberto Pereira de, LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.p 247.

Já as contribuições dos segurados contribuintes individuais e facultativos, no mês que não houver retribuição financeira, estes poderão contribuir facultativamente para a Previdência Social, de forma que o tempo de contribuição continua sendo computado, apesar da inexistência de salário.

Para o segurado facultativo, o salário de contribuição deixou de ser o salário base e passou a ser o valor por ele declarado, observado o limite mínimo e máximo. Na contribuição dos segurados contribuintes individuais e facultativos aplica-se a alíquota de 20% sobre o salário de contribuição, de acordo com o art. 21 da Lei 8.212/91. Além, que estes estão obrigados a recolher sua contribuição até o 15º dia do mês.

O salário de contribuição do produtor rural pessoa física enquadrado como contribuinte individual, é o valor por ele declarado em razão do exercício da atividade rural por conta própria.

“A sistemática de retenção não se aplica ao contribuinte individual quando contratado por outro contribuinte individual equiparado à empresa ou por produtor rural pessoa física.”⁴²

Desse modo, as contribuições sociais possuem finalidade inerente à atividade estatal que, embora dirigida à sociedade como um todo, atinge determinados grupos sociais, profissionais ou econômicos, seja na área da saúde ou previdência. Essas contribuições possuem como hipótese de incidência as determinações do art. 195 da CF/88, ressalta-se que este artigo dispõe sobre quem é o que pode ser tributado, delimitando as possíveis situações de contribuições ordinárias de custeio da seguridade social.

Para Carlos Alberto...

A autonomia da relação de custeio é regida por lei, e não pela vontade de particulares, a relação obrigacional de custeio é autônoma com referência à relação jurídica de prestação previdenciária. Como bem diz Feijó Coimbra, “nesta, que ora examinamos, sujeito ativo é o Estado, passivo o cidadão ou a empresa, e objeto material da prestação a quantia em dinheiro devida pelo sujeito passivo ao ativo. Não há correspondência entre a obrigação de custeio e a de amparo. (...) A obrigação de recolher contribuições não é, na maior parte dos casos, nem mesmo condição para o exercício do direito à prestação. Em decorrência, a relação de custeio é autônoma, forma-se e se

⁴²CASTRO, Carlos Alberto Pereira de, LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.p 251.

extingue por modos e em ocasiões diversas das que regulam as demais relações jurídicas de Direito Previdenciário.⁴³

Ou seja, o objetivo da contribuição social é obter receita a partir dos ganhos percebidos pelo trabalhador ou segurado da previdência social, para fazer frente aos custos da seguridade, sendo necessário definir exatamente quais seriam essas hipóteses de ganho a gerar a incidência da contribuição.

Nas palavras de Sérgio Pinto Martins,

prevê o art. 195 da Lei Maior que 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 de várias contribuições sindicais. O termo mais correto a ser empregado não é financiamento, mas custeio. Financiar tem aceitação mais ampla do que custear, compreendendo a ideia de lucro. O pai custeia os estudos dos filhos, mas não os financia. As contribuições para o custeio não incidem apenas sobre o lucro, mas sobre o faturamento, a folha de salários, etc.⁴⁴

Assim, para que o cidadão faça jus aos benefícios da previdência social, é fundamental que ele contribua para esse sistema, por meio das contribuições sociais previdenciárias e que seja filiado obrigatório.

“Como se trata de matéria previdenciária, ainda que determinada parcela seja tida na área do direito trabalhista como remuneratória, prevalece a previsão da lei especial previdenciária. Caso não haja previsão legal, expressa, deve-se buscar a natureza jurídica da verba.”⁴⁵

No que se refere ao salário maternidade, que é pago na forma de renda mensal equivalente à remuneração da gestante, há grande discussão jurisprudencial, na qual tem mudado o entendimento de que deve incidir a contribuição.

Deve-se ponderar, todavia, que o salário maternidade é pago diretamente pela empresa para posterior compensação, como prevê o art. 72 da Lei nº 8.213 de 1991:

Art. 72. O salário-maternidade para a segurada empregada ou trabalhadora avulsa consistirá numa renda mensal igual a sua remuneração integral.

§ 1º Cabe à empresa pagar o salário-maternidade devido à respectiva empregada gestante, efetivando-se a compensação, observado o disposto no

⁴³CASTRO, Carlos Alberto Pereira de, LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 20ªed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p 112.

⁴⁴MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 173.

⁴⁵FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN. **Direito da Seguridade Social: prestações e custeio da previdência, assistência e saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 218.

art. 248 da Constituição Federal, quando do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço.⁴⁶

Compreende-se, então, que a verba passa a ter um caráter indenizatório, pois é pago pela empresa e depois compensado com os demais recolhimentos, configurando um período em que a gestante recebe benefício previdenciário e não salário. Assim, no período de licença da gestante, em que há pagamento do salário maternidade, não existe efetiva contraprestação laboral, dessa forma, não existe o elemento retributivo, da prestação de serviço.

⁴⁶JUSBRASIL.Disponível em: WWW.jusbrasil.com.br/topicos/11348179/artigo-72-da-lei-n-8213-de-24-de-julho-de-1991. Acesso em 15 de novembro de 2017.

CAPÍTULO III- DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS SOBRE SALÁRIO MATERNIDADE.

3.1 Conceito de Constitucionalidade

Para entender o Direito Constitucional é necessário saber que a matéria se refere à estruturação do poder político, jurídico e aos direitos humanos fundamentais.

A Constituição embora de fundamental importância para o Estado está inserida em um grande sistema de normas, o chamado Ordenamento Jurídico, assim todas as ações inerentes à sociedade são regulamentadas por inúmeras leis.

Para tanto, que existe uma classificação e normas segundo seu grau de importância, criada por Hans Kelsen em formato de pirâmide, no qual a Constituição se encontra no topo:

A ordem jurídica de um Estado é, assim, um sistema hierárquico de normas legais. Em forma bastante simplificada, apresenta o seguinte retrato: o nível mais baixo é composto de normas individuais criadas pelos órgãos aplicadores do direito, especialmente os tribunais. Essas normas individuais são dependentes dos estatutos, que são normas gerais criadas pelo legislador, e das regras do Direito consuetudinário, que formam o nível superior seguinte da ordem jurídica. Esses estatutos e regras de direito consuetudinário, por sua vez, dependem da Constituição, que forma o nível mais elevado da ordem jurídica considerada como sistema de normas positivas.⁴⁷

“Hans Kelsen é o representante desse sentido conceitual, alocando a Constituição no mundo do dever ser, e não no mundo do ser, caracterizando-a como fruto da vontade racional do homem, e não das leis naturais.”⁴⁸

A constituição também pode ser definida por sentido material e sentido formal, para Pedro Lenza,

Do ponto de vista material, o que vai importar para definirmos se uma norma tem caráter constitucional ou não será o seu conteúdo, pouco importando a forma pela qual foi aquela norma introduzida no ordenamento jurídico. Assim, constitucional será aquela norma que defina e trate das regras estruturais da sociedade, de seus alicerces fundamentais (formas de Estado, governo, seus órgãos etc). Trata-se do que Schmitt chamou de Constituição.

Por outro lado, quando nos valem do critério formal, que, em certo sentido, também englobaria o Schmitt chamou de “lei constitucional”, não

⁴⁷ KELSEN, Hans. **O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência**. 3ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p216.

⁴⁸ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 16ªed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p 75.

mais nos interessa o conteúdo da norma, mas sim a forma como ela foi introduzida no ordenamento jurídico.⁴⁹

Assim, as normas constitucionais serão aquelas introduzidas pelo poder soberano, por meio de um processo legislativo mais difícil, diferenciado e solene do que o processo legislativo de formação das demais normas do ordenamento.

Maria Helena Diniz entende por fontes do direito,

Em sentido técnico-jurídico, os modos de formação e revelação das regras jurídicas. Fontes formais são os modos de manifestação do direito mediante os quais os juristas conhecem e descrevem o fenômeno jurídico, enquanto que valores que inspiraram o ordenamento jurídico, como fatores naturais, demográficos, políticos, econômicos, morais, e outros.⁵⁰

A Constituição guarda direitos efetivos da sociedade, ela é a luz que norteia todo o restante do Ordenamento.

José Afonso da Silva, demonstrando o pensamento de Kelsen, diz,

A Constituição é, então, considerada norma pura, puro dever ser, sem qualquer pretensão a fundamentação sociológica, política ou filosófica. A concepção de Kelsen toma a palavra Constituição em dois sentidos: no lógico-jurídico e no jurídico-positivo. De acordo com o primeiro, Constituição significa norma fundamental hipotética, cuja função é servir de fundamento lógico transcendental da validade da Constituição jurídica-positiva, que equivale à norma positiva suprema, conjunto de normas que regula a criação de outras normas, lei nacional no seu mais alto grau.⁵¹

Não se pode idealizar um Direito Constitucional contrário à liberdade e ao Estado Democrático de Direito.

Segundo Jorge Miranda,

O Direito Constitucional é a parcela da Ordem Jurídica que rege o próprio Estado, enquanto comunidade e enquanto poder. É um conjunto de normas que recortam o contexto jurídico correspondente a comunidade política como um todo e aí situam os indivíduos e os grupos, uns em face dos outros em relação ao Estado-poder e que ao mesmo tempo, definem a titularidade do poder, os modos de formação e manifestação da vontade política.⁵²

Portanto, pode-se dizer que a Constituição é o centro de toda norma jurídica.

⁴⁹LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 16ªed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p 74.

⁵⁰ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 1988, p 258.

⁵¹SILVA, José Afonso da. **Curso de direito Constitucional positivo**. 9ªed. rev. São Paulo: Malheiros, 1995, p 41.

⁵² MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 4ªed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990, p 15-16.

3.2 Controle de Constitucionalidade

A ideia de controle de constitucionalidade caracteriza-se como um mecanismo de correção do ordenamento jurídico. Não é cabível que um ato hierarquicamente inferior afronte a Lei Maior.

Para Pedro Lenza,

trata-se do princípio da supremacia da constituição, que, nos dizeres do Professor José Afonso da Silva, reputado por Pinto Ferreira como pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político, significa que a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.⁵³

O controle de constitucionalidade vem para que não haja insegurança jurídica, trazendo harmonia entre as normas, esse controle procura estabelecer higidez diante da ameaça constitucional.

Kildare Gonçalves Carvalho, diz que a,

Constituição e constitucionalidade são conceitos indeligiáveis, e o controle de constitucionalidade, técnica de limitação do poder, através da submissão dos poderes instituídos, visa garantir, por vários mecanismos, a supremacia material e formal da Constituição sobre as leis e os atos do governo e da administração.⁵⁴

O controle de constitucionalidade verifica eventual lesão de direitos fundamentais, objetivando preservar a supremacia constitucional.

Os tipos de inconstitucionalidade identificados em doutrinas são com base em atuação estatal, procedimento ou o conteúdo da norma.

Para Kildare,

o vício que afeta o ato inconstitucional traduz defeito de sua formação ou desrespeito da competência constitucional prevista para a sua prática. A

⁵³ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 16ªed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p 239.

⁵⁴ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 17ªed. rev., atual.,e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001,p 319.

inconstitucionalidade formal abrange, portanto, a inconstitucionalidade orgânica e a inconstitucionalidade formal propriamente dita.⁵⁵

Resumindo, a inconstitucionalidade formal propriamente dita decorre da inobservância do procedimento legislativo fixado na Constituição.

“Em rigor, a inconstitucionalidade formal afeta todo o texto normativo na sua integralidade, pois o ato é considerado formalmente como uma unidade.”⁵⁶

Para Pedro Lenza,

como o próprio nome induz, a inconstitucionalidade forma, também conhecida como nomodinâmica, verifica-se quando a lei ou ato normativo infraconstitucional contiver algum vício em sua “forma”, ou seja, em seu processo de formação, vale dizer, no processo legislativo de sua elaboração, ou ainda, em razão de sua elaboração por autoidade incompetente.⁵⁷

Já o vício material diz respeito à “matéria”, ao conteúdo do ato normativo. Assim, um ato normativo em afronta a qualquer preceito ou princípio da Constituição deverá ser declarado inconstitucional, por um vício material.

Nas palavras de Barroso,

a inconstitucionalidade material expressa uma incompatibilidade de conteúdo, substantiva entre a lei ou ato normativo e a Constituição. Pode traduzir-se no confronto com uma regra constitucional. O controle material de constitucionalidade pode ter como parâmetro todas as categorias de normas constitucionais: de organização, definidoras de direitos e programáticas.⁵⁸

Para Gilmar Ferreira Mendes,

espécie de inconstitucionalidade material consiste na inconstitucionalidade por excesso do Poder Legislativo, traduzida na incompatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos, ou na inobservância do princípio da proporcionalidade. Deve ser pronunciada a inconstitucionalidade das leis que contenham limitações inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais, com

⁵⁵CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 17ªed. rev., atual.,e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001,p 325.

⁵⁶CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p 844.

⁵⁷LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 16ªed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p 251.

⁵⁸BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2004, p 29.

procedimento de maior intensidade e rigor ao controle da constitucionalidade e preservação do próprio Estado Democrático de Direito.⁵⁹

Uma norma infraconstitucional sofrerá do vício de inconstitucionalidade, que poderá verificar em razão de ato comissivo ou por omissão do Poder Público. O controle de constitucionalidade, pode ser preventivo ou repressivo, controle concreto ou indireto da constitucionalidade, difuso ou aberto.

Pedro Lenza fala,

de inconstitucionalidade por ação, (positiva ou por atuação), a ensejar a incompatibilidade vertical dos atos inferiores (leis ou atos do Poder Público) com a Constituição, e, em sentido diverso, em inconstitucionalidade por omissão, decorrente da inércia legislativa na regulamentação de normas constitucionais de eficácia limitada.⁶⁰

Para Canotilho, “enquanto a inconstitucionalidade por ação pressupõe a existência de normas inconstitucionais, a inconstitucionalidade por omissão pressupõe a violação da lei constitucional pelo silêncio legislativo (violação por omissão).”⁶¹

Portanto, todo ato legislativo ou normativo que contrariar a Lei Fundamental, Constituição Federal, deve ser declarado inconstitucional.

3.3 ADI nº 281.480/2016, impetrada pelo Procurador Geral da República no STF

O Procurador Geral da República, ingressou em 2016 com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade sobre a incidência da contribuição previdenciária sobre o salário maternidade, sobre o fundamento de que a Lei 9.528 de 1997 é incompatível com as garantias constitucionais de proteção às mulheres e a maternidade, que estão previstas na Carta Maior, Constituição Federal de 1988.

A Procuradoria Geral da República, (PGR), destacou as dificuldades da mulher na inserção do mercado de trabalho,

algumas formas da discriminação contra as mulheres no mercado de trabalho, entre as quais estão as associadas à maternidade. Os princípios de

⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990, p 327.

⁶⁰ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 16ªed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p 250.

⁶¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p 982.

empoderamento das mulheres consiste em “Garantir a saúde, a segurança e o bem estar de todos os trabalhadores e as trabalhadoras.”⁶²

Um dos fatores que trazem muita discrepância entre a contratação da mulher e do homem para o mercado de trabalho, é que o empregador sofre com uma parcela do ônus do afastamento da mulher devido a gestação, gerando um fato negativo de discriminação em face da mulher,

as normas impugnadas, ao prever incidência de contribuição previdenciária direta e linear sobre o salário maternidade, imputam ao empregador parcela do ônus do afastamento da gestante devido à maternidade e contribuem para aumento do custo de sua mão de obra, comparativamente à masculina.⁶³

Quando a Constituição Federal sobressai que homens e mulheres são iguais em direito e obrigações, disposto no art. 5º, I, da CF/88, fixa o princípio da isonomia, igualdade de gêneros e direitos.

Para Celso Antônio Bandeira de Melo,

percebe-se o próprio ditame constitucional que embarga a desequiparação por motivo de raça, sexo, trabalho, credo religioso e convicções políticas, nada mais faz que colocar em evidência certos traços que não podem, por razões preconceituosas mais comuns em certa época ou meio, ser tomados gratuitamente como ratio fundamentadora de discrimen.⁶⁴

Daí vem a luta da mulher pela igualdade, implorando pela proteção estatal, para que possa de forma direta batalhar pelo seu lugar no mercado de trabalho, para isso o Estado precisa desonerar os empregadores sobre o aspecto da maternidade, permitindo uma disputa saudável pela igualdade.

No período da licença maternidade, o empregador fica onerado em pagar contribuição previdenciária sobre o benefício concedido à gestante, ao tempo em que também deve arcar com o custo da contribuição previdenciária incidente sobre a remuneração de eventual trabalhador temporário substituto da licenciada. Essa dupla contribuição pelo mesmo posto de trabalho encarece a mão de obra feminina e contraria a norma constitucional e a internacional, ratificada pelo Brasil.⁶⁵

⁶² REPÚBLICA, Procuradoria Geral.. **Ação direta de constitucionalidade. Contribuição previdenciária sobre salário maternidade e ao direito ao trabalho da mulher.** ADI nº 281.480/2016 p 5.

⁶³ REPÚBLICA, Procuradoria Geral.. **Ação direta de constitucionalidade. Contribuição previdenciária sobre salário maternidade e ao direito ao trabalho da mulher.** ADI nº 281.480/2016 p 7.

⁶⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade.** 3ªed. 7ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p 17-18.

⁶⁵ REPÚBLICA, Procuradoria Geral.. **Ação direta de constitucionalidade. Contribuição previdenciária sobre salário maternidade e ao direito ao trabalho da mulher.** ADI nº 281.480/2016 p 20.

O próprio STF já reconheceu outrora, o caráter previdenciário do salário-maternidade, no julgamento da ADI 1.946/DF, pelo relator Min. Sydney Sanches. Assim, a partir desse julgado gerou natureza previdenciária do benefício salário maternidade.

“A inconstitucionalidade é ainda mais patente por constituir hoje salário-maternidade o único direito previdenciário sobre o qual incide contribuição previdenciária a cargo de empregador.”⁶⁶

Se no período da licença maternidade o contrato de trabalho fica suspenso, sem qualquer prestação de serviço e nem pagamento de remuneração, não tem como incidir o fato gerador da contribuição social.

Ao imputar artificialmente ao salário maternidade a qualidade de salário de contribuição, como fato gerador de contribuição previdenciária, a norma impugnada cria fonte de arrecadação previdenciária ao largo da disciplina constitucional e viola, ainda, as normas constitucionais que garantem políticas estatais de proteção ao mercado de trabalho da mulher, além de afrontar o comando de norma internacional dotada de hierarquia supralegal.⁶⁷

A presente ADI, vem com pedido de cautelar embasada o sinal do bom direito, *fumus boni jûris*, e no perigo da demora processual, *periculum in mora*. Ainda enaltece, que embora a lei já tenha sido promulgada há anos, existe a possibilidade de superar neste caso específico a jurisprudência do STF, por tratar-se de assunto contínuo e lesivo.

3.4. Da (in) constitucionalidade da incidência das contribuições previdenciárias sobre o salário maternidade

A normativa constitucional prevê como possível incidência tributária não apenas a tributação na folha de salário, mas também em outros rendimentos do trabalho pagos a quem preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício.

Na definição do professor Amauri Mascaro do Nascimento, “a totalidade das percepções econômicas dos trabalhadores, qualquer que seja a forma ou meio de pagamento,

⁶⁶ REPÚBLICA, Procuradoria Geral.. **Ação direta de constitucionalidade. Contribuição previdenciária sobre salário maternidade e ao direito ao trabalho da mulher.** ADI nº 281.480/2016 p 20.

⁶⁷ REPÚBLICA, Procuradoria Geral.. **Ação direta de constitucionalidade. Contribuição previdenciária sobre salário maternidade e ao direito ao trabalho da mulher.** ADI nº 281.480/2016 p 35.

que retribuam o trabalho efetivo, os períodos de interrupção do contrato e os descansos computáveis na jornada de trabalho.”⁶⁸

O salário maternidade é o único benefício do Regime Geral da Previdência Social, RGPS, sobre o qual incide contribuição previdenciária.

Para Hugo Goes, “quando o salário-maternidade é pago pela empresa, esta desconta a contribuição previdenciária da segurada empregada. Há também a contribuição da empresa incidente sobre o valor do salário-maternidade.”⁶⁹

Ainda na opinião de Hugo Goes,

a contribuição devida pela contribuinte individual e pela facultativa, referente aos meses do início e do término do salário-maternidade, deverá ser recolhida pela segurada, calculada sobre o seu salário de contribuição integral, não sendo descontada qualquer parcela a este título pelo INSS. A contribuição devida no curso do benefício (exceto os meses do início e do término) será descontada pelo INSS do valor do benefício.⁷⁰

O benefício do salário maternidade que já teve caráter trabalhista, pois era custeado pelo empregador, se transformou em salário de natureza previdenciária.

Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari, retratam que o pagamento direto do salário maternidade feito pelo empregador, tendo seu reembolso posterior pela Previdência Social descaracteriza a natureza salarial,

quanto à natureza jurídica do salário maternidade, não há que se confundir com a noção de salário strito sensu, pois é benefício cujo ônus é integral da Previdência Social. Ainda que o empregador urbano ou rural tenha por obrigação adaptá-lo à trabalhadora em licença, o reembolso do valor adiantado é total, de modo que o INSS é o único responsável pelo efetivo pagamento do benefício.⁷¹

A incidência da contribuição previdenciária é o pagamento de remuneração ao trabalhador pelos seus serviços, para utilizar da licença maternidade, a gestante precisa de ausentar do trabalho ou seja, deixar de prestar os seus serviços e por isso também deixar de receber seus salários, o que acontece nesse momento é a suspensão do contrato.

⁶⁸NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. **Curso de Direito do Trabalho**. 17ªed. São Paulo: Saraiva, 2001, p 629.

⁶⁹ GOES, Hugo Medeiros de. **Manual de direito previdenciário: teoria e questões**. 11ªed. Rio de Janeiro: Ed. Ferreira, 2016, p 306.

⁷⁰ GOES, Hugo Medeiros de. **Manual de direito previdenciário: teoria e questões**. 11ªed. Rio de Janeiro: Ed. Ferreira, 2016, p 307.

⁷¹CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 8ªed. Florianópolis: Conceito, 2007, p 548.

Para Aline Monteiro de Barros, “a suspensão do contrato de trabalho, não obstante a continuidade do vínculo, faz cessar tanto a prestação de labor quanto o pagamento de remuneração.”⁷²

Uma analogia muito intrigante, é que o salário maternidade sendo considerado salário contribuição, pode até mesmo prejudicar a segurada a aquisição de outros benefícios.

Diante do exposto, entende-se que no período da licença maternidade o contrato de trabalho se encontra suspenso, sem qualquer prestação de serviço pela segurada, não há configuração do fato gerador da contribuição social, que vem prevista no art. 195, I, a, da CF, se não há fato gerador, também não deve haver incidência da contribuição previdenciária no salário maternidade.

⁷² BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 2ªed. São Paulo: Ltr, 2006, p. 838.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao fim do presente trabalho vislumbra-se a necessidade de modificações legislativas quanto à incidência da contribuição previdenciária no salário maternidade.

Cumprе ressaltar que a trajetória da mulher tem sido de constante luta na disputa do mercado de trabalho e havendo uma disparidade de ônus ao empregador quanto à contratação entre o sexo feminino e masculino, surge o problema que tem-se arrastado a décadas.

Por isso, o Procurador Geral da República por iniciativa, impetrou perante o STF, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, questionando a legalidade da incidência da contribuição previdenciária diretamente no salário maternidade.

Acontece que esse desconto da previdência no salário maternidade, sempre foi alvo de críticas severas doutrinárias, sendo sim necessário sua reavaliação.

Ademais, como pode se perceber ao longo do trabalho, que a incidência da contribuição previdenciária no salário maternidade onera o empregador de forma que gera o preconceito e a restrição de contratação da mulher, perdendo a objetividade de proteção e inserção da mulher para disputar páreo com o homem diante da oferta de emprego.

O salário-maternidade é o único benefício do Regime Geral da Previdência Social, que incide contribuição previdenciária, além que no período da licença maternidade o contrato de trabalho fica suspenso, não havendo fato gerador da contribuição social.

Portanto, conclui-se, que se não há fato gerador, também não deve haver a incidência da contribuição previdenciária sobre o salário maternidade.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Felipe. **A inquisição**. Disponível em: <http://cleofas.com.br/a-inquisicao/>. Acesso em 15 de novembro de 2017.

BRASIL, Constituição(1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico,1988.

BARROS. Alice Monteiro de. **A mulher e o direito do trabalho**. São Paulo:LTr ,1995.

BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2004.

CAMARGO, Orson. "A mulher e o mercado de trabalho"; *Brasil Escola*. Disponível em <<http://brasilecola.uol.com.br/sociologia/a-mulher-mercado-trabalho.htm>>. Acesso em 18 de novembro de 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de, LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 17ªed. rev., atual.,e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

D'ALONSO, Glauca de Lima. **Trabalhadoras brasileiras e a relação com o trabalho: trajetórias e travessias**. Disponível em: < [http:// www.inesc.org.br](http://www.inesc.org.br)> Acesso em 17 outubro de 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 1988.

FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN. **Direito da Seguridade Social: prestações e custeio da previdência, assistência e saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GOES, Hugo Medeiros de. **Manual de direito previdenciário: teoria e questões**. 11ªed. Rio de Janeiro: Ed. Ferreira, 2016..

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Mapa do mercado de trabalho no Brasil. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/trabqa1\alho/9483-mercado-de-trabalho.html><. Aceso: dia 20 de outubro de 2017

JÚNIOR, Miguel Horvath. **Direito Previdenciário**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

JUSBRAZIL.Disponível em: WWW.jusbrasil.com.br/topicos/11348179/artigo-72-da-lei-n-8213-de-24-de-julho-de-1991. Acesso em 15 de novembro de 2017.

KELSEN, Hans. **O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência.** 3ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado.** 16ªed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social.** 35ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de direito previdenciário.** 4ª ed. São Paulo: LTr, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade.** 3ªed. 7ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos.** São Paulo: Saraiva, 1990.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** 4ªed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. **Curso de Direito do Trabalho.** 17ªed. São Paulo: Saraiva, 2001.

OIT. Organização Internacional do trabalho. Convenção. Disponível em: http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_003.html<assesso sai 27 de outubro de 2017.

PAULO. João. **Carta apostólica Tertio Millennio.** Disponível em http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/apost_letters/1994/documents/hf_jp-ii_apl_19941110_tertio-millennio-adveniente.html. Acesso em 15 de novembro de 2017.

PAGNONCELLI, Heloísa. **Violência Doméstica.** Acesso em 15 de novembro de 2017.

PLANALTO. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6136.htm< Acesso em 27 de outubro de 2017.

PLANALTO. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6136.htm<assesso em 27 de outubro de 2017> Acesso em 27 de outubro de 2017.

PLANALTO. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10421.htm<assesso em 27 de outubro de 20017>

REPÚBLICA, Procuradoria Geral. **Ação direta de constitucionalidade. Contribuição previdenciária sobre salário maternidade e ao direito a trabalho da mulher.** ADI nº 281.480/2016.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de direito do trabalho aplicado (livro eletrônico): saúde e segurança do trabalho.** 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

SOARES, Márcia. 100 anos da primeira guerra mundial. Disponível em <http://editoras.com/100-anos-da-primeira-guerra-mundial/>. Acesso em 15 de novembro de 2017.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ZAMARIOLLI, Marlene Mota. **A Mulher na Política**. Disponível em <www.portal.santos.sp.gov.br>
Acesso em 17 de outubro de 2017