

O SALÁRIO MATERNIDADE E A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/98

FRANCISCO ANTONIO DE OLIVEIRA

Juiz Presidente da 5ª Turma do Tribunal do Trabalho da 2ª Região

DO TETO DO SALÁRIO-MATERNIDADE

De conformidade com a Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, através do seu art.14, restou-se expresso que:

“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 (um 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 pelos mesmos índices aplicados ao benefícios do regime geral da previdência social”.

O comando constitucional deu pretexto para que o Ministro da Previdência e Assistência Social e o Diretor do Seguro Social do INSS se apressassem em editar respectivamente a Portaria GM/MPAS nº 4.883, de 16.12.98 (DOU de 17.12.98) e a Ordem de Serviço nº 619, de 22 de dezembro de 1998, (publicada no DOU de 05.01.99 e republicada para corrigir erro da primeira publicação em 12.01.99), cujo item 4.3. diz *in verbis*:

“O limite máximo do valor dos benefícios do RGPS, a serem concedidos a partir de 16 de dezembro de 1998, é de R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), inclusive do benefício de que tratam os arts. 91 a 100 do RGPS (Regulamento dos Benefícios da Previdência Social), aprovado pelo Decreto nº 2.172, de 5 de março de 1997 e dos benefícios de legislação especial pagos pela Previdência Social, mesmo que à conta do Tesouro Nacional.” Vale dizer que os dispositivos mencionados cuidam do instituto do “salário-maternidade”.

DAS DÚVIDAS IMEDIATAMENTE SUSCITADAS

Ainda que se considere que uma Portaria ou Ordem de Serviço tenham posições inferiores na hierarquia das normas, a verdade é que as referidas normas foram editadas com o objetivo interpretativo e, como sempre sói acontecer, para retirarem benefícios, simplesmente de “olho no caixa da previdência”, cujo mal não seria tanto de dinheiro, mas de mal administração.

De hierarquia inferior ou não, o certo é que de imediato suscitaram divergências de opiniões: a) a empregada gestante, a partir da Emenda Constitucional nº 20/98, teria direito apenas ao recebimento máximo de R\$ 1.200,00; b) teria direito ao recebimento máximo de R\$ 1.200,00, através da Previdência e a diferença restante seria paga pelo empregador; c) teria direito ao salário integral por conta e responsabilidade da Previdência. Como vimos pela Portaria e pela Ordem de Serviço, a Previdência se aboleta na hipótese “a”.

ENFOQUE HISTÓRICO

Para bem entender-se o tema em discussão, há necessidade de uma incursão histórica sobre o instituto do “salário-maternidade”.

Como dissemos em nossa CLT Comentada, Ed. RT. 1996, p. 327:

“O salário do período destinado à licença-maternidade antes era encargo do empregador. Nesse sentido dispunha o parágrafo único do art. 393, modificado pelo Dec. 229, de 28.2.67. Hoje, o benefício passou a ser ônus da Previdência, custeado pelas contribuições patronais com base sobre a folha de pagamento. Vale dizer que o empregador efetua à gestante o pagamento dos salários devidos no período e se ressarce, posteriormente, através de descontos nos recolhimentos que terá que fazer à Previdência.

“Com as modificações imprimidas pela Lei nº 6.136, de 07.11.74 (DOU de 8.1.74), comandou o art. 1º que fica incluído o salário-maternidade entre as prestações relacionadas no item I do art. 22 da Lei nº 3.807, de 26.8.60, com a redação que lhe foi dada pelo art. 1º da Lei nº 5.890, de 8.6.73. E o art. 2º dispõe que o salário-maternidade que corresponderá à vantagem consubstanciada no art. 393 da CLT, terá sua concessão e manutenção pautadas pelo disposto nos arts. 393, 394 e 395 da CLT, cumprindo às empresas efetuar os respectivos pagamentos cujo valor líquido será deduzido do montante que elas mensalmente recolhem ao Instituto de Previdência Social (hoje INSS) a título de contribuições previdenciárias. E o art. 4º comandou que o custeio do salário-maternidade será atendido por uma contribuição das empresas igual a 0,3% da folha de contribuições, reduzindo-se para 4% a taxa de custeio do salário família (que era de 4,3%) fixada no §2º do art. 35 da Lei nº 4.863, de 29.11.65. E a Lei nº 6136/74 foi modificada pela Lei nº 6.332/74, que deu nova redação ao art. 2º, transformando-se no novo art. 50 da CLPS.” A matéria está hoje prevista no Decreto 2.172/97, arts. 91 a 100.

Nessa época estava vigente a Constituição de 1967, cujo art. 157 previa que a legislação previdenciária e trabalhista deveriam obedecer aos preceitos ali ditados entre os quais sobressaía o do

inciso "X": "o direito da gestante a descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego nem do salário."

DOS REFLEXOS ANTES E DEPOIS DA MUDANÇA DA LEI

Antes, o empregador era responsável pelo pagamento do salário-maternidade, ônus que sobrecarregava o custo operacional da empresa e daí a distorção comportamental de não contratar mulheres grávidas ou mesmo despedi-las quando engravidassem.

Com a vinda dessa responsabilidade para a Previdência, o problema foi de certa forma minimizado.

Também restou fixado o entendimento de que o salário-maternidade passava, dali em diante, a ser um benefício previdenciário e o seu valor era o correspondente a um salário integral.

Com o advento da Constituição de 1988 restou sacramentado que "a licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário com duração de cento e vinde dias" (art. 7º, XVIII) era direito da gestante. A licença que era de 90 dias passou a ser de 120, ficando mantidos os direitos ao emprego e ao salário.

DA NATUREZA JURÍDICA DO SALÁRIO-MATERNIDADE

Toda a legislação advinda depois da Lei nº 6.136, de 07.11.74, deu ao salário-maternidade a natureza jurídica de benefício previdenciário.

Mas isso não se deu sem ônus do empregador. Ao contrário, o ônus aumentou, porque a partir de então passou a recolher para a Previdência e com essa finalidade o percentual de 0,3% sobre a totalidade da folha de pagamento. Basta imaginar-se uma empresa com dezenas de empregados e com percentual diminuto de mulheres para concluir-se que o poder público não teria feito nenhum benefício ao empregador. Procurou resolver um problema e aproveitou-se da oportunidade para engrossar a sua receita.

DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS

Pergunta que se faz é se a Emenda Constitucional nº 20/98 teria força bastante para revogar o disposto no art. 7º, XVIII, da Constituição vigente.

Lembra o Eminentíssimo Iury Ferrari (Supl. Trab. 020/99) que *“nenhuma Emenda Constitucional pode ter por objeto abolir os direitos e garantias individuais na forma do artigo 60, § 4º, inciso IV, da CF/88 e, isto ocorreu com a EC nº 20 no caso do salário-maternidade, que constitui um benefício previdenciário tratado de forma especial pela Constituição, não podendo ser considerado como que abarcado pelo tratamento genérico que lhe foi dado”*. Traz à colação lições de J.J. Canotilho que bem informa para a espécie:

“Embora muitas vezes estejam consagradas e protegidas pelas leis constitucionais, elas (as garantias) não seriam verdadeiros direitos atribuídos a uma pessoa diretamente; as instituições como tais têm um sujeito e um objeto diferente dos direitos aos cidadãos. Assim, a maternidade, a família, a administração autônoma, a imprensa livre, o funcionalismo público, a autonomia acadêmica são instituições protegidas diretamente como realidades sociais objetivas...”, para mais adiante concluir:

“A proteção das garantias constitucionais aproxima-se, todavia, da proteção dos direitos fundamentais quando se exige, em face das intervenções limitativas do legislador, salvaguarda do mínimo essencial (núcleo essencial) das instituições.” (Direito Constitucional, Ed. Almedina, 5ª edição, págs. 533 e 534.

Daí resulta que não está em discussão a fixação ou não de simples teto com inspiração na simples economia de gastos. Não. Está em jogo o prestígio da própria família como célula mater, quando se investe contra a instituição da maternidade, num país em que, segundo dados do Relatório do Brasil na Cúpula Mundial

sobre Desenvolvimento, existem 26,8% de pobres em estado de miserabilidade.

DA ÚNICA EXEGESE POSSÍVEL

A única exegese possível é a de que a Emenda Constitucional nº 20/98 não tem força suficiente para revogar o art. 7º, XVIII, da Constituição, que dá ao salário-maternidade o prestígio de garantia específica no que diz respeito ao emprego e ao salário.

Por outro lado, não se cuida de benefício provido pela Previdência, mas de benefício que se alavanca da reciprocidade do recolhimento de 0,3% do total da folha de pagamento, que onera o empregador. Não há razão de ordem legal nem jurídica para que se venha mais uma vez onerar o empresário com reflexos no custo operacional do produto acabado, somente porque a União registra problema crônico de “caixa”. Por outro lado, não se pode entender que essa matéria de origem previdenciária tenha sido tratada no bojo da referida Emenda Constitucional nº 20/98. Como bem fulcra a questão o Ínclito Irandy Ferrari, *“é tão diferenciada essa proteção, que as Constituições, inclusive a de 88, trataram de forma singular, especial e específica essa situação da trabalhadora brasileira, donde não pode ser ela considerada como uma prestação de benefício da Previdência Social, incluída na generalidade da Emenda Constitucional nº 20”*. E conclui: *“As Emendas à Constituição, quando genéricas, como é o caso dos benefícios previdenciários, não podem revogar textos constitucionais específicos como é o do art. 7º, XVIII, da CF/88.”*

Some-se aos argumentos retros o fato de a Lei nº 8.921, de 26 de julho de 1994, haver determinado caber exclusivamente à Previdência Social a responsabilidade pela remuneração da licença-maternidade nos moldes do art. 131, inciso II, da CLT, *in verbis*: *“durante o licenciamento compulsório da empregada por motivo de maternidade ou aborto, observados os requisitos para percepção do salário-maternidade custeado pela Previdência Social.”*

DAS CONCLUSÕES POSSÍVEIS

- a) A Emenda Constitucional nº 20/98, genérica na sua concepção, não tem o condão de revogar direitos expressos no art. 7º, XVIII, CF/88;
- b) O salário-maternidade é benefício previdenciário que traduz a reciprocidade de uma paga que de há muito vem sendo cacificada pelos empregadores, tendo a Previdência transformado o benefício em fonte de renda, com a cobrança de 0,3% sobre a totalidade da folha de pagamento, tenha a empresa ou não trabalhadoras do sexo feminino.
- c) A Portaria GM/MPAS nº 4.883, de 16.12.98 e a Ordem de Serviço nº 619, de 22.12.1998 não servem como orientação interpretativa, pois que causam incômodos a preceitos constitucionais, relegando a plano terciário regras comezinhas de exegese.
- d) A hipótese que deve prevalecer é a expressa na letra “c”. A Previdência será a responsável pelo pagamento da totalidade, uma vez que além das cotas previdenciárias recolhidas pelos atores sociais – empregados e empregadores – estes são onerados com o acréscimo de 0,3% sobre a totalidade da folha de pagamento.

Daí dever o empregador efetuar o pagamento da totalidade do salário e descontar na folha de pagamento do mês seguinte como lhe garante a lei, carreando a responsabilidade total para a Previdência.