



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

NUP 00100.000168/2024-72

PROA 24/1400-0003417-3

PARECER N° 20.682/24

Assessoria Jurídica e Legislativa

EMENTA:

DIREITO CONSTITUCIONAL. LICENÇA GESTANTE E ADOTANTE. SALÁRIO-MATERNIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO N° 778889. PRAZO DE DURAÇÃO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. SERVIDORES SUBMETIDOS AO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. FORMA DE PAGAMENTO. ART. 71-A, § 1º, DA LEI FEDERAL N° 8.213/1991. INCONSTITUCIONALIDADE POR ARRASTAMENTO. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no Recurso Extraordinário (RE) n° 778889, em sede de repercussão geral (Tema 782), a Constituição Federal assegura a igualdade de direitos entre filhos adotados e biológicos, sendo, por isso, inviável estabelecer prazo de licença adotante inferior ao período previsto para a licença gestante, sob pena de conferir proteção inferior aos filhos havidos por adoção.

2. O § 1º do art. 71-A da Lei Federal n° 8.213/1991 estabelece que o salário-maternidade devido ao segurado ou segurada do INSS que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança será pago pela Previdência Social, enquanto o salário-maternidade devido a servidoras vinculadas ao RGPS em razão do parto (art. 71 da Lei Federal n° 8.213/1991), no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, é pago diretamente pelo Estado e compensando com valores devidos ao INSS, com fundamento no art. 59 da Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil n° 2110, de 17 de outubro de 2022.

3. A tese fixada no Tema 782 de repercussão geral não ensejou a inconstitucionalidade por arrastamento do art. 71-A, caput e § 1º, da Lei Federal n° 8.213/1991, vez que o dispositivo não possui relação de dependência com os artigos declarados inconstitucionais pelo STF no RE 778889.4. Ante a ausência do afastamento da presunção de constitucionalidade que milita em favor do § 1º do art. 71-A da Lei Federal n° 8.213/1991, orienta-se que a administração pública continue observando o referido comando legal, a fim de evitar o risco de negativa do ressarcimento dos valores correspondentes caso o pagamento do benefício previdenciário seja realizado diretamente pelo Estado ao servidor vinculado ao RGPS.

AUTORA: CRISTINA ELIS DILLMANN

Aprovado em 12 de junho de 2024.

A consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supp.pge.rs.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00100000168202472 e da chave de acesso f5bf22f6



Documento assinado eletronicamente por GISELE DE MELO KAISER STAHLHOEFER, com certificado A1 institucional (PROCURADORIA GERAL DO ESTADO), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 36371 e chave de acesso f5bf22f6 no endereço eletrônico <https://supp.pge.rs.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): GISELE DE MELO KAISER STAHLHOEFER, com certificado A1 institucional (PROCURADORIA GERAL DO ESTADO). Data e Hora: 12-06-2024 12:18. Número de Série: 37608040124930220857977657422. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

PARECER

DIREITO CONSTITUCIONAL. LICENÇA GESTANTE E ADOTANTE. SALÁRIO-MATERNIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 778889. PRAZO DE DURAÇÃO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. SERVIDORES SUBMETIDOS AO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. FORMA DE PAGAMENTO. ART. 71-A, § 1º, DA LEI FEDERAL Nº 8.213/1991. INCONSTITUCIONALIDADE POR ARRASTAMENTO. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no Recurso Extraordinário (RE) nº 778889, em sede de repercussão geral (Tema 782), a Constituição Federal assegura a igualdade de direitos entre filhos adotados e biológicos, sendo, por isso, inviável estabelecer prazo de licença adotante inferior ao período previsto para a licença gestante, sob pena de conferir proteção inferior aos filhos havidos por adoção.

2. O § 1º do art. 71-A da Lei Federal nº 8.213/1991 estabelece que o salário-maternidade devido ao segurado ou segurada do INSS que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança será pago pela Previdência Social, enquanto o salário-maternidade devido a servidoras vinculadas ao RGPS em razão do parto (art. 71 da Lei Federal nº 8.213/1991), no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, é pago diretamente pelo Estado e compensando com valores devidos ao INSS, com fundamento no art. 59 da Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil nº 2110, de 17 de outubro de 2022.

3. A tese fixada no Tema 782 de repercussão geral não ensejou a inconstitucionalidade por arrastamento do art. 71-A, *caput* e § 1º, da Lei Federal nº 8.213/1991, vez que o dispositivo não possui relação de dependência com os artigos declarados inconstitucionais pelo STF no RE 778889.

4. Ante a ausência do afastamento da presunção de constitucionalidade que milita em favor do § 1º do art. 71-A da Lei Federal nº 8.213/1991, orienta-se que a administração pública continue observando o referido comando legal, a fim de evitar o risco de negativa do ressarcimento dos valores correspondentes caso o pagamento do benefício previdenciário seja realizado diretamente pelo Estado ao servidor vinculado ao RGPS.

Trata-se de processo administrativo eletrônico oriundo da Secretaria da Fazenda (SEFAZ), veiculando consulta jurídica a respeito de possíveis impactos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Especial nº 778889 sobre a forma de pagamento do benefício salário-maternidade pelo Estado do Rio Grande do Sul para servidores e servidoras estaduais vinculados ao Regime Geral da Previdência Social (RGPS), quando em licença adotante.

O expediente administrativo está instruído com o Memorando nº 07/2024 - GSF/SEFAZ (fls. 02-03), a Informação nº 25/2024-ASJUR (fls. 04-08), e o despacho de aprovação firmado pelo Procurador Setorial junto à Secretaria da Fazenda (fls. 09-11), delimitando dois questionamentos a serem elucidados pela Procuradoria-Geral do Estado:

a) Administração Pública estadual deverá reconhecer a inconstitucionalidade, por arrastamento, do art. 71-A, caput e § 1º, da Lei Federal nº 8.213/91?

b) o Estado do Rio Grande do Sul poderá efetuar o pagamento do salário-maternidade da adotante nos mesmos moldes do que faz nos casos de licença gestante, com posterior dedução dos valores pagos das contribuições sociais previdenciárias devidas ao INSS, na forma do art. 71 da Lei Federal nº 8.213/91 e dos arts. 58 e 59 da Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil nº 2.110/22?

Com o despacho da Secretária de Estado da Fazenda (fls. 12-13), foi determinado o encaminhamento do feito a este órgão consultivo.

É o relatório.

1. Do contexto normativo.

Conforme se depreende da instrução dos autos, quando o salário-maternidade é devido em razão do parto, incide o art. 71 da Lei Federal nº 8.213/1991, *in verbis*:

Art. 71. O salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante 120 (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade.

Em tal caso, a sistemática atualmente adotada no âmbito estadual é a de pagamento do salário-maternidade diretamente à servidora vinculada ao RGPS, com compensação perante o INSS, conforme permite o art. 59 da Instrução Normativa da Receita Federal nº 2110/2022, abaixo reproduzido:

Art. 59. O salário-maternidade pago à segurada empregada pela empresa ou pelo equiparado, inclusive a parcela do décimo terceiro salário correspondente ao período da licença-maternidade, poderá ser deduzido do pagamento das contribuições sociais previdenciárias devidas, exceto das contribuições devidas a terceiros. (Lei nº 8.213, de 1991, art. 72, § 1º; e Regulamento da Previdência Social, de 1999, art. 94)

Similar disposição consta no art. 94 do Regulamento da Previdência Social (Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999):

Art. 94. O salário-maternidade para a segurada empregada consiste numa renda mensal

igual à sua remuneração integral e será pago pela empresa, efetivando-se a compensação, observado o disposto no art. 248 da Constituição, 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, devendo aplicar-se à renda mensal do benefício o disposto no art. 198. (Redação dada pelo Decreto nº 4.862, de 2003)

Da mesma forma preceitua o § 1º do art. 72 da Lei Federal nº 8.213/1991:

Art. 72. O salário-maternidade para a segurada empregada ou trabalhadora avulsa consistirá numa renda mensal igual a sua remuneração integral. (Redação Dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)

§ 1º Cabe à empresa pagar o salário-maternidade devido à respectiva empregada gestante, efetivando-se a compensação, observado o disposto no 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. (Incluído pela Lei nº 10.710, de 2003)

Sob outro viés, o art. 71-A da Lei Federal nº 8.213/1991 trata especificamente do benefício pago a título de licença adotante:

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)

Em consonância com tal disposição legal, o art. 93-A do Decreto nº 3.048/1999 também estabelece que o salário-maternidade devido ao segurado ou à segurada adotante será pago diretamente pela Previdência Social:

Art. 93-A. O salário-maternidade é devido ao segurado ou à segurada da previdência social que adotar ou obtiver guarda judicial, para fins de adoção de criança de até doze anos de idade, pelo período de cento e vinte dias. (Redação dada pelo Decreto nº 10.410, de 2020)

§ 1º O salário-maternidade é devido ao segurado ou à segurada independentemente de a mãe biológica ter recebido o mesmo benefício quando do nascimento da criança. (Redação dada pelo Decreto nº 10.410, de 2020)

§ 2º O salário-maternidade não é devido quando o termo de guarda não contiver a observação de que é para fins de adoção ou só contiver o nome do cônjuge ou companheiro. (Incluído pelo Decreto nº 4.729, de 2003)

§ 3º Para a concessão do salário-maternidade é indispensável: (Redação dada pelo Decreto nº 10.410, de 2020)

I - que conste da nova certidão de nascimento da criança o nome do segurado ou da segurada adotante; ou (Incluído pelo Decreto nº 10.410, de 2020)

II - no caso do termo de guarda para fins de adoção, que conste o nome do segurado ou da segurada guardião. (Incluído pelo Decreto nº 10.410, de 2020)

§ 4º Na hipótese de haver adoção ou guarda judicial para adoção de mais de uma criança, será devido somente um salário-maternidade, observado o disposto no art. 98. (Redação dada pelo Decreto nº 10.410, de 2020)

§ 5º A renda mensal do salário-maternidade é calculada na forma do disposto nos arts. 94, 100 ou 101, de acordo com a forma de contribuição da segurada à Previdência Social. (Incluído pelo Decreto nº 4.729, de 2003)

§ 6º O salário-maternidade de que trata este artigo é pago diretamente pela previdência social. (Incluído pelo Decreto nº 4.862, de 2003)

§ 7º Ressalvadas as hipóteses de pagamento de salário-maternidade à mãe biológica e de pagamento ao cônjuge ou companheiro sobrevivente, nos termos do disposto no art. 93-B, não poderá ser concedido salário-maternidade a mais de um segurado ou segurada em decorrência do mesmo processo de adoção ou guarda, ainda que o cônjuge ou companheiro esteja vinculado a regime próprio de previdência social. (Incluído pelo Decreto nº 10.410, de 2020)

Do quadro normativo atualmente vigente extrai-se que, para os casos de licença gestante, o salário-maternidade é pago diretamente pelo empregador, mediante posterior compensação com o INSS; e para os casos de licença adotante, o salário-maternidade é pago pelo **INSS**.

2. Da tese de repercussão geral fixada pelo STF no Tema 782.

Diante do quadro normativo adrede delineado, que enseja sistemática diversa de pagamento do salário-maternidade para gestantes e adotantes, a Consulente questionou se há inconstitucionalidade por arrastamento do art. 71-A, *caput* e § 1º, da Lei Federal nº 8.213/1991, em razão da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 778889, assim ementada:

DIREITO CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. EQUIPARAÇÃO DO PRAZO DA LICENÇA-ADOTANTE AO PRAZO DE LICENÇA-GESTANTE.

1. A licença maternidade prevista no artigo 7º, XVIII, da Constituição abrange tanto a licença gestante quanto a licença adotante, ambas asseguradas pelo prazo mínimo de 120 dias. Interpretação sistemática da Constituição à luz da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre filhos biológicos e adotados, da doutrina da proteção integral, do princípio da prioridade e do interesse superior do menor.

2. As crianças adotadas constituem grupo vulnerável e fragilizado. Demandam esforço adicional da família para sua adaptação, para a criação de laços de afeto e para a superação de traumas. **Impossibilidade de se lhes conferir proteção inferior àquela dispensada aos filhos biológicos, que se encontram em condição menos gravosa.** Violação do princípio da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente.

3. Quanto mais velha a criança e quanto maior o tempo de internação compulsória em instituições, maior tende a ser a dificuldade de adaptação à família adotiva. Maior é, ainda, a dificuldade de viabilizar sua adoção, já que predomina no imaginário das

famílias adotantes o desejo de reproduzir a paternidade biológica e adotar bebês. Impossibilidade de conferir proteção inferior às crianças mais velhas. Violação do princípio da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente.

4. Tutela da dignidade e da autonomia da mulher para eleger seus projetos de vida. Dever reforçado do Estado de assegurar-lhe condições para compatibilizar maternidade e profissão, em especial quando a realização da maternidade ocorre pela via da adoção, possibilitando o resgate da convivência familiar em favor de menor carente. **Dívida moral do Estado para com menores vítimas da inepta política estatal de institucionalização precoce. Ônus assumido pelas famílias adotantes, que devem ser encorajadas.**

5. Mutação constitucional. Alteração da realidade social e nova compreensão do alcance dos direitos do menor adotado. Avanço do significado atribuído à licença parental e à igualdade entre filhos, previstas na Constituição. Superação de antigo entendimento do STF.

6. Declaração da inconstitucionalidade do art. 210 da Lei nº 8.112/1990 e dos parágrafos 1º e 2º do artigo 3º da Resolução CJF nº 30/2008.

7. Provimento do recurso extraordinário, de forma a deferir à recorrente prazo remanescente de licença parental, a fim de que o tempo total de fruição do benefício, computado o período já gozado, corresponda a 180 dias de afastamento remunerado, correspondentes aos 120 dias de licença previstos no art. 7º, XVIII, CF, acrescidos de 60 dias de prorrogação, tal como estabelecido pela legislação em favor da mãe gestante.

8. Tese da repercussão geral: **“Os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à licença adotante, não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada”.**

(STF, Tribunal Pleno, RE 778889, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em: 10/03/2016) (grifou-se)

Os fatos sobre os quais o Supremo Tribunal Federal se debruçou para fixar a tese de repercussão geral do Tema 782 diziam respeito à servidora da justiça federal que obteve guarda provisória, para fins de adoção, de menor que contava com um ano e um mês de vida. Por incidência do art. 210 da Lei Federal nº 8.112/1990, foi concedida licença-maternidade de apenas 30 (trinta) dias à servidora, e prorrogação de apenas 15 (quinze) dias, conforme o art. 3º, §§ 1º e 2º da Resolução CJF nº 30/2008, em razão da idade da criança, superior a 01 (um) ano, conforme o teor dos dispositivos mencionados, *in verbis*:

Lei Federal nº 8.112/1990

Art. 210. À servidora que adotar ou obtiver guarda judicial de criança até 1 (um) ano de idade, serão concedidos 90 (noventa) dias de licença remunerada.

Parágrafo único. No caso de adoção ou guarda judicial de criança com mais de 1 (um) ano de idade, o prazo de que trata este artigo será de 30 (trinta) dias.

Resolução CJF nº 30/2008

Art. 3º Será garantida a prorrogação da licença também à magistrada ou à servidora que adotarem criança ou obtiverem guarda judicial para fins de adoção. [...]

§ 1º À magistrada ou à servidora que adotarem criança ou obtiverem guarda judicial de

criança de até 1 (um) ano de idade serão concedidos 45 (quarenta e cinco) dias de prorrogação.

§ No caso de adoção ou guarda judicial de criança com mais de 1 (um) ano de idade, serão concedidos 15 (quinze) dias de prorrogação.

Referidos dispositivos foram declarados inconstitucionais pelo STF, por maioria, nos termos do voto do e. Ministro Relator, Luis Roberto Barroso, que ficou precipuamente fundamentado nos artigos 7º, XVIII, e 227, § 6º, da Constituição Federal, que assim dispõem:

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

(...)

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

Art. 227

(...)

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

A decisão do e. STF foi no sentido de que o inciso XVIII do art. 7º da Constituição Federal deve ser interpretado de forma a alcançar também aqueles que adotam, a despeito do emprego da expressão “licença gestante”:

55. Assim, só se pode concluir que o texto do art. 7º, XVIII da Constituição (c/c art. 227, § 6º, CF), ao se valer da expressão ‘licença gestante’, produziu, inadvertidamente, um comando cujo teor literal foi subinclusivo. **O exame dos demais dispositivos constitucionais já invocados confirma o entendimento – sistemático – de que o referido dispositivo, em verdade, assegurou a ‘licença maternidade’ de 120 dias (tanto em caso de mãe gestante, quanto em caso de mãe adotante), sem diferenciar entre filhos biológicos e filhos adotivos, quaisquer que sejam as idades destes últimos.** Por essa razão, são inválidas as normas infraconstitucionais que disponham em sentido contrário.

(grifou-se)

Assim, decidiu-se que a diferenciação dos prazos da licença gestante e da licença adotante viola o direito à igualdade entre filhos biológicos e adotivos, a qual possui assento constitucional no § 6º do art. 227 da Lei Maior:

42. Assim, observando tal parâmetro, há um único entendimento compatível com a história que vem sendo escrita sobre os direitos da criança e do adolescente no Brasil: aquele que beneficia o menor, ao menos, com uma licença maternidade com prazo idêntico ao da licença a que faz jus o filho biológico. Esse é o sentido e alcance que se deve dar ao art. 7º XVIII, da Constituição, à luz dos compromissos de valores e de princípios assumidos pela

sociedade brasileira ao adotar a Constituição de 1988. É, ainda, o entendimento que assegura a integridade o Direito. Mesmo que o STF tenha se manifestado em sentido diverso, no passado, e mesmo que não tenha havido alteração do texto do art. 7º, XVIII, o significado que lhe é atribuído se alterou. Trata-se de caso típico de mutação constitucional, em que a mudança na compreensão da realidade social altera o próprio significado do direito.

(...)

50. Ora, se, para filhos biológicos, conectados às suas mães desde o útero, jamais negligenciados, jamais abusados, jamais feridos, há necessidade de uma licença mínima de 120 dias, violaria o direito dos filhos adotados à igualdade e à proporcionalidade, em sua vertente de vedação à proteção deficiente, pretender que crianças em condições muito mais gravosas gozem de período inferior de convívio com as mães.

(...)

60. De fato, a licença maternidade tem por objetivo auxiliar a mulher a ultrapassar o período de adaptação e de transição em decorrência da chegada do novo filho e não deve ser desproporcional ao desafio por ela enfrentado, sob pena de não atender aos fins para os quais o benefício é previsto. O sucesso de tal adaptação depende da sua disponibilidade emocional. Assim, o art. 7º, XVIII da Constituição deve ser interpretado em consonância com os direitos à dignidade, à autonomia e à igualdade das mulheres, bem como tendo em vista o respeito à proporcionalidade, em sua vertente de vedação à proteção deficiente. **Não há justificativa plausível para conferir uma licença de 120 dias, prorrogável por 60 dias, à mãe que gera seu próprio bebê e, ao mesmo tempo, conferir licença de apenas 30 dias, prorrogável por mais 15 dias, para a mãe que abraça o desafio de receber uma criança mais velha, com a qual precisará construir, pedra por pedra, uma relação de afeto desejada, mas temida.**

61. Assim, também com base nessas considerações, a única interpretação passível de compatibilizar o referido art. 7º, XVIII com os direitos à dignidade, à autonomia e à igualdade das mulheres é aquele que reconhece que o seu comando, em verdade, pretendeu alcançar toda e qualquer licença maternidade. Por idênticos fundamentos, são nulas as normas que diferencia entre as licenças aplicáveis a filhos biológicos e filhos adotivos e entre filhos adotivos de diferentes idades.

Mesmo antes do julgamento proferido pelo e. STF no RE 778889, no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul o princípio da isonomia quanto ao prazo de duração da licença-maternidade já havia fundamentado o Parecer nº 16.224/2014, ao qual foi atribuído caráter jurídico-normativo, e do qual se extraem os seguintes excertos:

SECRETARIA DA EDUCAÇÃO. CONSULTA FORMULADA SOBRE A POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DO PRAZO DE LICENÇA-MATERNIDADE DE CENTO E OITENTA DIAS PARA AS SERVIDORAS QUE DETÊM CARGO EM COMISSÃO OU SÃO CONTRATADAS EMERGENCIALMENTE. NECESSIDADE DE TRATAMENTO ISONÔMICO. INTERPRETAÇÃO FINALÍSTICA DOS ARTIGOS 141 A 144 DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 10.098/94 EM SUA NOVA REDAÇÃO.

(...)

Preliminarmente, faz-se necessário registrar que o presente PARECER ratifica em sua integralidade o Parecer anterior, de nº 16.137/13, da lavra do Procurador do Estado Dr.

José Luis Bolzan de Moraes, no sentido da necessidade de concessão do período de 180 (cento e oitenta) dias de licença-maternidade às servidoras não detentoras de cargo de provimento efetivo, quer as contratadas emergencialmente, quer as detentoras de cargo em comissão.

Da mesma forma, a presente manifestação não contraria a jurisprudência administrativa firmada na Casa, segundo a qual os servidores investidos em cargo em comissão e os contratados emergencialmente não são possuidores de todos os direitos atribuídos aos servidores ocupantes de cargo de provimento efetivo.

Tratar-se-ia, a princípio, de uma contradição, à medida em que se estende às servidoras não estáveis o direito ao gozo de licença-maternidade nos moldes previstos para as servidoras estáveis, não lhes sendo estendidos os demais direitos. Embora as servidoras ocupantes de cargos em comissão e as contratadas emergencialmente se submetam ao Regime Geral de Previdência Social, conforme o disposto no art. 40, §13, da Constituição Federal, inclusive no que diz com a licença-maternidade, que é um benefício previdenciário, os 60 (sessenta dias) excedentes de afastamento previsto na Lei nº 10.098/94 devem ser a elas estendidos em razão do princípio da isonomia.

(Parecer 16224. Data Aprovação: 14/01/2014. Proc 6627-19.00/12-4 . Esp CPDDH. Autora: FERNANDA FIGUEIRA TONETTO) (grifou-se)

Após a emissão do supramencionado Parecer, a equiparação dos prazos de licença-maternidade foi positivada, passando o § 1º do art. 141-A da Lei Complementar Estadual nº 10.098/1994, incluído pela Lei Complementar Estadual nº 15.910/2022, a prever que “[a] *servidora pública ocupante de cargo em comissão ou de contrato temporário faz jus a 180 (cento e oitenta) dias de licença-maternidade, cabendo ao Estado o pagamento da remuneração por 60 (sessenta) dias, sendo 120 (cento e vinte) dias devidos pelo regime geral de previdência social.*”

3. Da aventada inconstitucionalidade por arrastamento do art. 71-A, *caput* e § 1º, da Lei Federal nº 8.213/1991.

Abordadas as razões de decidir do paradigmático acórdão de repercussão geral proferido pelo STF no RE 778889, cumpre adentrar no cerne do questionamento realizado pela Consulente, qual seja, se a administração pública estadual deverá reconhecer a inconstitucionalidade, por arrastamento, do art. 71-A, *caput* e § 1º, da Lei Federal nº 8.213/1991.

A inconstitucionalidade por arrastamento funda-se na noção de instrumentalidade, ou dependência de normas, no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade de uma dada norma implica, como consectário lógico, o arrastamento da mácula para aquelas que guardem relação de dependência ou interdependência, como, por exemplo, quando a norma declarada inconstitucional é fundamento de validade de outra.

O fenômeno foi abordado da seguinte forma pelo Supremo Tribunal Federal:

(...) quando a declaração de inconstitucionalidade de uma norma afeta um sistema normativo dela dependente, ou, em virtude da declaração de inconstitucionalidade, normas subseqüentes são afetadas pela declaração, a declaração de inconstitucionalidade pode ser estendida a estas, porque ocorrente o fenômeno da inconstitucionalidade por

'arrastamento' ou 'atração'.

(STF, Tribunal Pleno, ADI 2895, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em: 02/02/2005)

No caso ora em análise, a Corte Maior declarou a inconstitucionalidade do art. 210 da Lei Federal nº 8.112/1990, que previa prazo de licença-maternidade inferior para o servidor adotante (90 dias), com redução para 30 dias caso a criança adotada tivesse mais de um ano; e dos §§ 1º e 2º da Resolução CJF nº 30/2008, que também concediam prazos menores do que os da licença gestante para a licença adotante, diferenciando-os de acordo com a idade da criança.

Por outro lado, o prazo de 120 (cento e vinte) dias de salário-maternidade para o servidor ou para a servidora adotante, delineado no *caput* do art. 71-A da Lei Federal nº 8.213/1991, está em consonância com o julgado do STF, por se tratar do mesmo prazo previsto no art. 71 do mesmo diploma normativo para o salário-maternidade devido em razão do parto, não havendo que se falar, portanto, em inconstitucionalidade por arrastamento em decorrência do julgado proferido no RE 778889.

Já no que concerne ao § 1º do multicitado art. 71-A da Lei Federal nº 8.213/1991, a previsão acerca do pagamento do benefício diretamente pela Previdência Social não apresenta qualquer relação de dependência com os dispositivos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, inexistindo, também quanto à referida norma, inconstitucionalidade por arrastamento.

Com efeito, para além do que já foi exposto, inviável reconhecer a ocorrência do fenômeno da inconstitucionalidade por arrastamento à míngua de declaração explícita na decisão, conforme se extrai do entendimento do próprio STF, bem como da doutrina especializada:

A declaração de inconstitucionalidade por arrastamento precisa, necessariamente, estar prevista na decisão que julgar a ação direta de inconstitucionalidade. Entretanto, no caso dos autos, o Supremo, ao declarar a inconstitucionalidade do artigo 3º, § 1º, da Lei n. 9.718/98, não declarou a inconstitucionalidade por arrastamento de outros parágrafos desse mesmo preceito.

(STF, RE 459153 AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Eros Grau, julgado em: 24/06/2008)

Como a técnica da decisão da inconstitucionalidade por arrastamento objetiva eliminar o obstáculo do princípio da congruência entre o pedido e a sentença, o STF já enfatizou que, quando determinado dispositivo não é dependente do expressamente impugnado e declarado inconstitucional, não há de se decidir por arrastamento. Assim, por exemplo, na ADIn 2.895, argumentou-se que, 'não obstante de constitucionalidade duvidosa a primeira parte do mencionado art. 74, ocorre, no caso, a impossibilidade de sua apreciação, em obséquio ao 'princípio do pedido' e por não ocorrer, na hipótese, o fenômeno da inconstitucionalidade por 'arrastamento' ou 'atração', já que o citado dispositivo legal não é dependente da norma declarada inconstitucional'. Por sua vez, no AgRg no RE 4.591.153, que declarou a inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo da Cofins – art. 3.º, § 1.º, da Lei 9.718/1998 –, decidiu-se que esta declaração de inconstitucionalidade não acarretou a inocuidade de outros parágrafos do art. 3.º, uma vez que não fora expressamente afirmada declaração de inconstitucionalidade por arrastamento.

Inconstitucionalidade por arrastamento, assim, não constitui tipo ou categoria de

inconstitucionalidade, mas mera forma ou técnica de decisão da ação de inconstitucionalidade.

(SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. São Paulo: Editora Saraiva, 2024. E-book. ISBN 9788553621163. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553621163/>. Acesso em: 15 abr. 2024.)

Não se ignora que as razões de decidir adotadas pela Corte Maior no julgamento do RE 778889 buscam afastar as diferenças entre o salário-maternidade devido para adotantes e gestantes, e que o § 1º do art. 71-A da Lei Federal nº 8.213/1991 institui regra especial quanto à operacionalização do pagamento do benefício quando destinado a adotantes.

Considerando tal cenário, e em atenção ao princípio da igualdade (art. 5º, *caput* da Constituição Federal), foi proposto o Projeto de Lei do Senado nº 142, de 2016, que tem como objetivo precisamente alterar o § 1º do art. 71-A da Lei Federal nº 8.213/1991, para estabelecer que o pagamento do salário-maternidade, na hipótese de adoção ou obtenção de guarda judicial para fins de adoção de criança, seja realizado diretamente pelo empregador. Referido Projeto de Lei, contudo, ainda está em trâmite perante a Câmara dos Deputados, sob o nº 6002/2019.

Presentemente, portanto, continua vigente a redação dada pela Lei Federal nº 12.873/2013 ao § 1º do art. 71-A da Lei Federal nº 8.213/1991, em favor da qual milita a presunção de constitucionalidade, que não foi afastada pelo e. STF por meio da tese de repercussão geral fixada no Tema 782.

Veja-se, no ponto, o seguinte excerto do Parecer nº 17.280/2018, elaborado após a fixação da referida tese:

Além disso, a regra geral, em se tratando de benefícios previdenciários, é o pagamento direto pelo INSS (aposentadoria, auxílio-doença, pensão, auxílio-acidente); apenas por exceção é que, em algumas situações legalmente previstas, o benefício é adiantado pelo empregador, com a compensação por ocasião do recolhimento das contribuições (salário-maternidade e salário-família).

E em relação ao salário-maternidade, a norma legal do artigo 72, § 1º, da Lei nº 8.213/91 atribui à empresa a obrigação de pagar o salário-maternidade devido à respectiva empregada gestante. Nas demais hipóteses, o pagamento será feito diretamente pela Previdência social: adoção (art. 71-A), óbito da segurada (art. 71-B), trabalhadora avulsa e empregada de microempreendedor individual (art. 72, § 3º) e “para as demais seguradas” (art. 73, caput).

(Parecer 17280. Data Aprovação: 21/05/2018. Proc 17/0435-0001334-5. Esp PP. Autora: ADRIANA MARIA NEUMANN) (grifou-se)

Nessa senda, orienta-se que a administração pública continue observando o comando legal delineado no § 1º do art. 71-A da Lei Federal nº 8.213/1991, segundo o qual o pagamento do benefício previdenciário do salário-maternidade para o segurado ou para a segurada que adotar ou obtiver guarda

judicial para fins de adoção de criança será realizado pela Previdência Social, a fim de evitar o risco de negativa de ressarcimento caso o pagamento seja realizado diretamente pelo Estado, sob o argumento de inviabilização do prévio controle acerca dos requisitos para o deferimento do benefício pelo INSS.

4. Ante o exposto, delineiam-se as seguintes conclusões:

a) a tese fixada no Tema 782 de repercussão geral não ensejou a inconstitucionalidade por arrastamento do art. 71-A, *caput* e § 1º, da Lei Federal nº 8.213/1991, vez que o dispositivo não possui relação de dependência com os artigos declarados inconstitucionais pelo STF no RE 778889;

b) ante a ausência de afastamento da presunção de constitucionalidade que milita em favor do § 1º do art. 71-A da Lei Federal nº 8.213/1991, orienta-se que a administração pública continue observando o referido comando legal, segundo o qual o pagamento do benefício previdenciário do salário-maternidade para o segurado ou para a segurada do INSS que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança será realizado pela Previdência Social, a fim de evitar o risco de negativa de ressarcimento dos valores correspondentes caso o pagamento seja realizado diretamente pelo Estado.

Por fim, cumpre registrar que a presente manifestação possui natureza estritamente jurídica, não tendo o condão de cancelar opções técnicas adotadas pela Administração, nem de emitir juízo de conveniência e oportunidade.

É o parecer.

Porto Alegre, 29 de maio de 2024.

CRISTINA ELIS DILLMANN,
Procuradora do Estado.

NUP 00100.000168/2024-72
PROA 24/1400-0003417-3

A consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supp.pge.rs.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00100000168202472 e da chave de acesso f5bf22f6



Documento assinado eletronicamente por CRISTINA ELIS DILLMANN, com certificado A1 institucional (PROCURADORIA GERAL DO ESTADO), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 36328 e chave de acesso f5bf22f6 no endereço eletrônico <https://supp.pge.rs.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): CRISTINA ELIS DILLMANN, com certificado A1 institucional (PROCURADORIA GERAL DO ESTADO). Data e Hora: 31-05-

2024 17:02. Número de Série: 37608040124930220857977657422. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

NUP 00100.000168/2024-72

PROA 24/1400-0003417-3

PARECER JURÍDICO

O **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO**, no uso de suas atribuições, aprova o **PARECER** da **CONSULTORIA-GERAL/ASSESSORIA JURÍDICA E LEGISLATIVA**, de autoria da Procuradora do Estado CRISTINA ELIS DILLMANN, cujas conclusões adota para responder a **CONSULTA** formulada pela **SECRETARIA DA FAZENDA**.

Restitua-se à Procuradoria Setorial junto à Secretaria da Fazenda.

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO, em Porto Alegre.

EDUARDO CUNHA DA COSTA,

Procurador-Geral do Estado.

A consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supp.pge.rs.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00100000168202472 e da chave de acesso f5bf22f6



Documento assinado eletronicamente por EDUARDO CUNHA DA COSTA, com certificado A1 institucional (PROCURADORIA GERAL DO ESTADO), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 36373 e chave de acesso f5bf22f6 no endereço eletrônico <https://supp.pge.rs.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): EDUARDO CUNHA DA COSTA, com certificado A1 institucional (PROCURADORIA GERAL DO ESTADO). Data e Hora: 12-06-2024 10:43. Número de Série: 37608040124930220857977657422. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.