

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

MARÍLIA DE LIMA PIMENTA

POSSIBILIDADE JURÍDICA DE CONCESSÃO DE SALÁRIO MATERNIDADE AO
HOMEM COMO INSTRUMENTO GARANTIDOR DA IGUALDADE DE GÊNERO

SOUSA

2013

MARÍLIA DE LIMA PIMENTA

POSSIBILIDADE JURÍDICA DE CONCESSÃO DE SALÁRIO MATERNIDADE AO
HOMEM COMO INSTRUMENTO GARANTIDOR DA IGUALDADE DE GÊNERO

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Marília Daniella Freitas OliveiraLeal

SOUSA

2013

MARÍLIA DE LIMA PIMENTA

POSSIBILIDADE JURÍDICA DE CONCESSÃO DE SALÁRIO MATERNIDADE AO
HOMEM COMO INSTRUMENTO GARANTIDOR DA IGUALDADE DE GÊNERO

Trabalho de conclusão de curso
apresentado ao Curso de Ciências
Jurídicas e Sociais, da Universidade
Federal de Campina Grande, em
cumprimento dos requisitos necessários
para obtenção do título de Bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Marília Daniella Freitas
OliveiraLeal

Banca Examinadora:

Data de aprovação: _____

Orientador: Profa. Marília Daniella Freitas Oliveira Leal – UFCG
Professora Orientadora

Examinador interno1

Examinador interno2

A meu avô, José Fernandes Pimenta,
que implantou em mim este sonho.
Para ele.

AGRADECIMENTOS

Agradeço imensamente ao meu Deus, por morar em mim e me dar a força necessária para atravessar o caminho da vida. Por enviar os seus anjos em meu auxílio e não me deixar cair. Pela sua graça, misericórdia infinita e seu amor imensurável. Pela sua cruz e promessa.

Aos meus avós (*in memoriam*), especialmente a vovô Pimenta, por me auxiliarem lá de cima e se fazer presente na distância que a vida separa. Por realizar através de mim sonhos que eram seus. Por fazer da lembrança um alimento. Por perpetrar na história a nossa família. Faço dos vossos nomes um brasão. Esse curso foi a concretização do seu sonho, vovô Pimenta. Por tamanho orgulho, meu muito obrigada.

Aos meus amados pais: tudo. São o motivo de cada gesto, de cada esforço e de cada palavra aqui escrita. Meu muito obrigada pelo esforço despendido e pela educação maestral que me deram. Sem vocês e sem seu amor incondicional sei que não teria conseguido. Essa vitória é de vocês.

Às minhas irmãs, Carol e Raquel, por serem tão queridas e amadas. Cada coisa é senão um pedaço que consagra a nossa união. Vocês são o caminhar ao lado, a certeza da companhia e do ombro confortante. Muito obrigada pela presença constante e força que impulsiona.

Aos meus Tios, primos e familiares por alimentar os meus sonhos com sua torcida e apoio. Em especial, a José de Assis Pimenta, que desde a minha infância creditou em mim a confiança de ser a mais fabulosa advogada e, foram esses sonhos de criança que me movem até hoje. Por vocês, isso será o começo.

Ao meu namorado Rauber Holanda, dedico este trabalho de conclusão. Agradeço imensamente por seu amor e apoio constante. Pelo futuro que se aproxima e sonhos que se deslindam.

Aos colegas de classe e amigos, obrigada pela companhia durante este percurso. Neste turno, agradeço carinhosamente a Tamylla, por todas os risos e lágrimas compartilhados, conselhos, por compartilhar fins de períodos enlouquecedores e passeios juntas. Sei que Sousa não teria sido a mesma coisa sem você. Daysinha, carinho imenso por ti, obrigada pelo apoio.

À minha professora orientadora Marília Leal, pela dedicação, compreensão e encorajamento. Aprendi a ser melhor aluna com você. Muito obrigada.

A todos os que compõe o Centro de Ciências Jurídicas e Sociais-CCJS, na pessoa da professora Janeide Cavalcante de Albuquerque, professora que me inspirou a ir mais longe e buscar novos rumos na Universidade e fora dela. Sou

muito grata a ti por ser bem mais que uma professora, uma amiga. Deixará saudades.

Por fim, a todos os taperoaenses, por depositar em mim orações e palavras de estímulo.

RESUMO

O presente estudo objetiva analisar a possibilidade de extensão do salário maternidade ao homem como forma de garantir a igualdade de gênero, justificando-se diante da relevância social da inclusão de novos beneficiários no sistema previdenciário, bem como pela formação do conhecimento científico por meio da análise pormenorizada da legislação previdenciária e jurisprudencial dos Tribunais. Para tanto adotou-se o método dedutivo, partindo do aspecto geral de concessão até o caso específico do homem como beneficiário através do procedimento monográfico. Examina-se a legislação previdenciária avaliando as características e requisitos do salário maternidade, garimpando as decisões judiciais dos tribunais brasileiros sobre a concessão do benefício previdenciário ao homem, nos casos em que a mulher não manteve-se com a guarda da criança por impossibilidade ou rejeição. Os julgados entendem a concessão do benefício primando pela isonomia entre o homem e a mulher, sobrelevando-se os princípios da dignidade humana e da proteção à criança, sustentados na Constituição Federal, despontando para que as necessidades e inclusão social da criança deve prevalecer sobre o sentido estrito da lei previdenciária. Para tanto, utilizou-se do método dedutivo por meio da análise bibliográfica da legislação e jurisprudência, partindo da concessão do benefício em geral, particularizando o deferimento ao homem. Conclui o estudo, que o benefício não deve ser concedido apenas com base no sentido estrito da lei, mas que o julgador, ao examinar o caso concreto, decida com base na ponderação dos princípios concedendo o benefício ao homem já que o beneficiário direto do bem é a criança.

Palavras-chave: Salário Maternidade. Homem. Isonomia.

ABSTRACT

This study aims to analyze the possibility to extend maternity payment to man in order to ensure gender equality. Welfare legislation is examined, evaluating maternity payment characteristics and requirements, searching judgments of Brazilian courts on granting welfare benefit to man, in cases where the woman has not maintained the child custody for preclusion or refusal. The judged understand the granting of benefit excelling for equality between man and woman, outweighing the human dignity and child protection principles, supported by the Federal Constitution, emerging to the needs and social inclusion of the child must prevail over the strict sense of the welfare law. Therefore, the deductive method was used through literature review of legislation and jurisprudence, starting by granting the benefit in general, specifying to granting to man. The study concludes that the benefit should not be granted merely based on the strict sense of law, but that the judge, considering the case, decides based on consideration of principles, granting the benefit to man since the direct beneficiary of good is the child.

Keywords: Maternity payment. Man. Isonomy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 ASPECTOS GERAIS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL.....	13
1.1 CONCEITO, REGIMES E BENEFÍCIOS.....	13
1.2 PRINCÍPIOS EMBASADORES.....	19
1.2.1 Universalidade de participação nos planos previdenciários.....	21
1.2.2 Uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais.....	22
1.2.3 Seletividade e distributividade na prestação dos benefícios.....	22
1.2.4 Cálculo dos benefícios considerando-se os salários-de-contribuição corrigidos monetariamente.....	23
1.2.5 Irredutibilidade do valor dos benefícios de forma a preservar-lhes o poder aquisitivo.....	24
1.2.6 Valor da renda mensal dos benefícios substitutos do salário-de-contribuição ou do rendimento do trabalho do segurado não inferior ao do salário mínimo.....	25
1.2.7 Previdência complementar facultativa, custeada por contribuição adicional.....	26
1.2.8 Caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com a participação do governo e da comunidade, em especial de trabalhadores em atividade, empregadores e aposentados.....	27
2 SALÁRIO MATERNIDADE.....	28
2.1 BREVE HISTÓRICO DO SALÁRIO MATERNIDADE.....	29
2.2 NOÇÕES PROPEDÊUTICAS SOBRE SALÁRIO MATERNIDADE E LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA.....	36

2.3 CONCESSÃO, REQUERIMENTO E PRAZOS.....	41
3 ANÁLISE DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DE CONCESSÃO DO SALÁRIO MATERNIDADE AO HOMEM.....	45
3.1ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA COMOIGUALDADE DE GÊNEROS FRENTE À LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA.....	46
3.2 HIPÓTESES DE CONCESSÃO DO SALÁRIO MATERNIDADE AO HOMEM: UMA VISÃO JURISPRUDENCIAL.....	50
4 CONCLUSÃO.....	56
REFERENCIAS.....	58

INTRODUÇÃO

O sistema previdenciário brasileiro emerge como meio garantidor da segurança social através de ações de iniciativa pública com intuito de garantir condições de subsistência aos sucumbentes dos riscos preestabelecidos na Lei. Dessa forma, estudar-se-á o Regime Geral de Previdência Social como capaz de atenuar as desigualdades pela distribuição de renda, atuando na oferta de serviços ou benefícios.

Incluir-se-á o salário-maternidade dentre estes benefícios, concedido à mulher em razão do parto ou, ainda, nos casos de adoção. Será estabelecido como típico benefício previdenciário e se adstringe a necessidade de acobertar os encargos familiares com a vinda de um novo membro integrante da família. Assim, não se referirá a incapacidade laborativa da mulher, mas entendido segundo a situação de risco social previsto na Lei previdenciária.

Neste propósito, esta pesquisa terá como desígnio, de forma preste, discutir a possibilidade jurídica de concessão do salário maternidade ao homem com fulcro na igualdade de gênero como instrumento garantidor deste benefício de forma isonômica. Se proporá à análise legal, doutrinária e jurisprudencial do salário-maternidade, especificando a relevância da extensão do direito ao homem, identificando as situações cabíveis e os requisitos necessárias à concessão.

No Brasil, vários estudos sobre o salário-maternidade foram desenvolvidos, no entanto, diante da complexidade do tema, da omissão doutrinária e da jurisprudência que ainda subsiste sobre o tema, pouco se fala sobre a possibilidade jurídica da concessão do salário-maternidade também ao homem.

Diante da relevância e apreço pela temática supracitada, somada à carência de estudos neste teor, este trabalho científico objetivará servir de fomento e base para novas pesquisas referentes ao assunto.

Dessa forma, a relevância do tema se justificará em duas searas: primeiro, pela importância social que o tema trás em si, diante da análise da possibilidade jurídica de concessão ao homem do salário-maternidade, se adequando ao novo contexto que imprime a sociedade e pela possibilidade de

acobertamento de beneficiários até então excluídos pela Lei previdenciária. Ainda, se justificará do ponto de vista científico, pelo que contribuirá para formação do conhecimento através da análise pormenorizada da legislação previdenciária e princípios jurídicos fundamentadores da igualdade de gênero, mormente, àqueles referente à possibilidade jurídica da concessão do salário-maternidade ao homem.

Para tanto, adotar-se-á o raciocínio prestado pelo método dedutivo averiguando as premissas estabelecidas pela legislação previdenciária. Por meio da análise bibliográfica do instituto da Previdência Social, bem como dos benefícios que serão por estas concedidos, desenvolver-se-á o estudo do salário-maternidade sob a ótica da igualdade de gênero e, assim, a possibilidade jurídica de extensão deste benefício previdenciário ao homem. Dessa forma, determinar-se-á o instituto de uma forma geral para, posteriormente, particularizar a concessão do benefício ao homem.

Desse modo, adotar-se-á como método de procedimento da pesquisa o procedimento monográfico o qual possibilitou um estudo exaustivo sobre o instituto do salário-maternidade, possibilitando dissertar sobre a concessão, beneficiários e possibilidade legal de extensão deste benefício ao homem com base na igualdade de gênero.

O método de pesquisa da documentação indireta será empregado para investigar dados, mediante análise de Leis, jurisprudência e estudos de artigos e periódicos científicos que possibilitou a investigação de fontes primárias que tratam do salário-maternidade.

O primeiro capítulo terá o intuito de desenvolver o tema em estudo, estabelecendo os aspectos gerais da Previdência Social, definindo-a e especificando os regimes que a compõe, bem como, mencionando os princípios que a norteiam.

No transcorrer do segundo capítulo, particularizar-se-á o tema salário-maternidade através de noções introdutórias do instituto e da legislação previdenciária correspondente. Far-se-á uma breve análise histórica da concessão do benefício antes que seja analisado nas condições atuais, demonstrando suas principais características quanto a concessão, requerimento, beneficiários e prazos.

Por último, como escopo do trabalho, no terceiro capítulo, far-se-á um minucioso estudo sobre a possibilidade jurídica de concessão do salário maternidade ao homem através da interpretação que se dá as normas constitucionais e previdenciárias. Expor-se-á o princípio da isonomia, justificado pela igualdade de gênero apregoada aos casos excepcionais de homem que recebem o benefício, de acordo com análise jurisprudencial aduzidas pelos tribunais.

1 ASPECTOS GERAIS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

Antes de discorrer propriamente sobre o tema a que se dispõe este trabalho, faz-se necessária a análise de questões propedêuticas indispensáveis ao desenvolvimento da matéria, tais como a previdência social, abordando suas principais características, regimes, beneficiários e princípios.

Faz-se uma análise do conceito de previdência, diferenciando-a da seguridade social, da qual faz parte. Assim, vem explanar sobre a necessidade do Estado criar um modelo de seguro que ampare seus beneficiários nos casos de riscos sociais ocorrentes.

Para tanto, trata diretamente das características que configuram a previdência, sobremaneira a solidariedade e obrigatoriedade. Dessa forma, à previdência social é aplicada, além das normas que a regem, por um conjunto de princípios que ajudam a traduzir a verdadeira intenção do legislador na concessão de benefícios.

1.1 CONCEITO, REGIMES E BENEFICIÁRIOS

A seguridade social é gênero do qual a previdência social é espécie. Se compõe aquela de um conjunto de princípios e normas que visam instituir um sistema social protecionista sob a organização do Estado.

A previdência social se compõe de todas as pessoas que têm capacidade para exercer atividades laborais, caracterizando-as como seguradas para o caso de ocorrência dos riscos sociais que acarretem a perda, temporária ou permanente, da capacidade para a manutenção da sua subsistência.

Nas lições de Martins (2007,p.279), a palavra previdência advém de *previdere*, ver com antecipação. Objetiva preestabelecer riscos sociais e está fortemente ligada à ideia historicamente apregoada, desde o tempo das navegações, da previsibilidade de infortúnios e, assim, a necessidade de fomento dos sistemas de seguros para o caso de ocorrência de sinistro.

Dessa forma, a previdência social tem o intuito de garantir aos seus segurados meios de subsistência necessários diante de casos de contingências sociais previstas na lei, tais como, idade avançada, incapacidade, desemprego involuntário, maternidade, tempo de serviço e aos dependentes no caso de morte dos segurados, durante a constância do infortúnio.

A implantação do sistema de previdência social se compara a um modelo de poupança em que o próprio segurado contribui para a manutenção, e, dessa forma, garante em caso de ocorrência futura da contingência, o recebimento de renda capaz de suprir o seu sustento.

Há, portanto, uma relação substitutiva da remuneração do segurado e seus dependentes pelo benefício previdenciário. Decorre da natureza sinalagmática, apresentando-se como contrato bilateral, prestado pela previdência e utilizado pelo segurado, mediante deveres recíprocos. Neste sistema, o dever de pagar do segurado implica, em caso de ocorrência do risco social, o direito de receber o benefício previdenciário correspondente em lei.

A previdência social apresenta-se como um sistema de filiação obrigatória em que impera como principal característica a solidariedade. Há, portanto, o que se chama de “pacto das gerações” em que as pessoas com capacidade laboral ativa se cotizam para custear os benefícios dos inativos.

Desse modo, o montante arrecadado paga os benefícios, implicando diretamente no financiamento pela geração atual do custeio da geração anterior.

Destarte, segundo Martins (2009,p.284) o sistema previdenciário brasileiro tem por base a repartição simples, constituindo relação mutualística que se afasta da capitalização individual e emerge a ideia de soma de esforços para criação de um sistema social de proteção capaz de acautelar os contribuintes.

Pode entender-se, Previdência Social, mediante definição apresentada por Baltazar e Rocha (2006, p.31) que versa:

[...]é um seguro social compulsório, eminentemente contributivo - este é seu principal traço distintivo- mantido com recurso de trabalhadores e de toda a sociedade que busca propiciar meios indispensáveis à subsistência dos segurados e seus dependentes quando não podem obtê-los ou não é socialmente desejável que eles sejam auferidos através do trabalho por motivo de maternidade,velhice, invalidez , morte, etc.

Desse modo, a previdência apresenta caráter compulsório e contributivo, implantado através da inclusão obrigatória de todos os trabalhadores que têm como dever contribuir de forma solidária para a manutenção desse sistema de proteção social, proporcionando meios indispensáveis de subsistência aos segurados e seus dependentes.

Está, a previdência, abarcada pelos ditames constitucionais arrolados, precisamente, no art. 201 da Constituição Federal, assim disposto:

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, a

- I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade
- II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;
- III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;
- IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda
- V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

Como previsto na Constituição Federal em seus art.201 e 202 acrescido do art. 9º da Lei 8.212/91, a Previdência Social, como se observa, é constituída por dois regimes básicos que são responsáveis por englobar todos os indivíduos que exercem atividades laborativas remuneradas(Regime Próprio da

Previdência Social e Regime Geral de Previdência Social) e, ainda, um outro regime de caráter facultativo e complementar que compõe a Previdência Privada.

Tais regimes têm suas regras definidas por leis previdenciárias, sendo públicos ou privados, e que, nas palavras de Kerztman (2011,p.30), devem oferecer aos “segurados, no mínimo, os benefícios de aposentadoria e pensão por morte”. Dessa forma, prevê para tais indivíduos pertencente à mesma categoria profissional ou não, um plano de previdência.

O Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) está inserido no art. 40 da Constituição Federal classificando como segurados obrigatórios os servidores públicos efetivos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios e militares, desde que estes últimos tenham sido criados pelas entidades políticas a que pertençam. Note-se que cabe a estas entidades políticas criarem suas normas para regulamentar o seu correspondente RPPS.

Não se enquadram no RPPS os empregados comissionados, temporários, empregados públicos e os detentores de cargos eletivos, devendo estes serem filiados obrigatórios ao Regime Geral da Previdência Social (RGPS), somando-se a estes, os casos de servidores públicos municipais que não tenham regime próprio.

No que tange ao RGPS, nota-se que este é o mais amplo, assegurando a cobertura da maioria dos trabalhadores brasileiros, exceto aqueles servidores públicos pertencentes ao RPPS. É de competência da União e administrado pelo Ministério da Previdência Social, através do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) e rege-se pelas normas das Lei 8.212/91 e Lei nº 8.213/91, mediante sistema contributivo e de vinculação obrigatória, que objetiva o equilíbrio financeiro para o custeio dos benefícios.

O regime de Previdência Complementar abrange dois segmentos: o fechado e o aberto. Aqueles são destinados a grupos restritos de pessoas que contribuem com intuito de receber o respectivo benefício, ao passo que, a categoria aberta, abrange quaisquer pessoas físicas que tiverem interesse de se vincular independentemente de profissão ou idade.

Nas palavras de Ibrahim (2009, p.36) “o regime complementar possui caráter facultativo, já que o ingresso é voluntário, e autônomo sendo, pois

administrados por instituições financeiras, do que decorre sua natureza privada”.

Pode-se inferir que a Previdência complementar é autônoma em relação ao RGPS, pois independe de contribuição pelos regimes gerais, sendo regida por Lei complementar.

Depreende-se pelo exposto, que o Estado busca meios de garantir as necessidades básicas dos cidadãos vinculando-os a sistemas previdenciários sustentados pelas contribuições dos segurados através dos regimes previdenciários obrigatório ou complementar.

Nestes termos, conceitua-se prestações previdenciárias a partir da lição dada por Dias e Macêdo (2008, p.197), para qual:

[...] atos de pagamento de determinadas quantias em dinheiro ou de realização de serviços devidos pelo ente segurador estatal aos beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, em face da ocorrência de eventos cobertos, cujo objetivo é a garantia de subsistência desses últimos, sob regime de Direito Público.

Assim, diante do seu principal objetivo, qual seja proporcionar a subsistência dos seus beneficiários, a Previdência Social age por meio da prestação de serviços e benefícios gerenciados por meio do Instituto Nacional do Seguro Social.

Os serviços, de forma ampla, podem ser entendidos como as prestações não pecuniárias oferecidas pela previdência que se voltam para a prestação de serviços sociais, bem como habilitação e reabilitação dos beneficiários (segurados e dependentes) incapacitados para o trabalho. Assim, tem como escopo colocar as pessoas em condições aptas para o convívio social.

Em relação aos benefícios previdenciários, são eles relacionados à quantia em dinheiro recebida pelo segurado mensalmente e que objetiva substituir a remuneração do trabalhador.

Os benefícios estão, taxativamente, previstos na Lei e podem estar sujeitos ao período de carência, ou seja, para o recebimento do benefício pode ser exigido um tempo mínimo de contribuição. Dentre estes benefícios, são concedidos ao segurado: aposentadoria por idade ou por tempo de contribuição, auxílio-doença e auxílio-acidente, bem como salário-família e

salário-maternidade. Quanto aos dependentes, estes podem receber os benefícios do auxílio-reclusão ou pensão por morte.

Como se pode apreender, a previdência social tem como sujeitos os segurados e seus dependentes.

É segurado obrigatório da Previdência Social qualquer pessoa física que exerça atividade remunerada lícita, de natureza eventual ou efetiva, com ou sem vínculo de emprego, bem como aqueles previstos em lei como segurados.

Já o segurado facultativo, nas palavras de Lazzari (2005, p.105):

[...] é a pessoa que, não estando em nenhuma situação que a lei considera como segurado obrigatório, desejar contribuir para a Previdência Social, desde que seja maior de dezesseis anos” e ainda não estar acobertado por nenhum outro tipo de regime previdenciário.

Os dependentes são aquelas pessoas vinculadas economicamente ao segurado por presunção ou mediante comprovação.

Note-se que, embora os dependentes não contribuam diretamente para a Previdência Social, também fazem jus ao recebimento de benefícios, tais como pensão por morte, auxílio-reclusão e reabilitação profissional. Isso decorre da ligação econômica que o dependente tem para com o segurado, além da noção de assistência familiar propagada pelo Código Civil Brasileiro.

Os dependentes se subdividem em três categorias de acordo com o art. 16 da Lei 8.213/91, conforme se infere :

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente;

II - os pais;

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente; [...]

Conforme se observa pelo artigo supracitado, existem três categorias de dependentes. A própria Lei estabelece um critério de preferência em que os do inciso I preterem aos demais, mantendo com estes uma relação de dependência presumida, ao contrário das classes posteriores, pais e irmãos, que necessitam comprovar a dependência econômica por meio de provas e, cujo benefício só pode ser recebido subsidiariamente se este não houver sido concedido aos filhos. Note-se que, pelo §1º do mencionado artigo, a existência de dependentes de uma determinada classe, automaticamente estará excluindo o recebimento do benefício pela classe subsequente.

De acordo com Sanchez e Xavier (2010, p.144) “a existência de dependentes na mesma classe implica na divisão do benefício em número de quotas baseadas no número de membros pertencentes aquele grupo, concorrendo em igualdade de condições”.

Vale ressaltar que, embora a maioridade civil comece aos dezoito anos de idade, presume-se a dependência econômica, para efeitos previdenciários, até os vinte e um anos. Da mesma forma, no que tange aos deficientes, estes recebem o benefício em razão da incapacidade para atividades laborais e desde que esta capacidade tenha surgido antes de cessar a presunção de dependência.

Para que as pessoas possam auferir os benefícios concedidos pela Previdência Social, faz-se necessário preencher os requisitos legais, conforme a contingência específica que precisa ser acobertada. Dentre os requisitos, pode ser citada a carência como uma das condições peculiares para a concessão do benefício.

Pode-se entender carência a partir do conceito apresentado por Martins (2010, p.302), conforme esclarece:

Considera-se período de carência o tempo correspondente ao número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício. O período de carência é observado a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de sua competência.

Assim, a carência está ligada à ideia da manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema. Recolhe-se previamente um número mínimo de contribuições para que no futuro o segurado possa desfrutar da proteção. O período de carência dos benefícios previstos nos art. 25 e 26 da Lei 8.213/91 varia conforme o benefício. Mister lembrar que existem prestações como a pensão por morte, auxílio-reclusão, salário-família e auxílio-acidente que independem de carência, justificando-se pelo aspecto social do recebimento do benefício.

No que atine ao segurado especial, sabe-se que este pode filiar-se facultativamente como contribuinte individual, cooperando com o INSS. Se não contribuir, o segurado especial não faz jus ao recebimento de benefícios, a exemplo, a aposentadoria por tempo de contribuição. Isto se dá porque, embora possa se filiar como segurado individual, sua contribuição não é facultativa.

Por fim, segundo o Decreto n. 3.048/99, os segurados especiais que não contribuem como segurado individual facultativamente, para que tenham direito ao recebimento dos benefícios, devem comprovar tempo mínimo de exercício de atividades rurais, embora não contínuo, correspondente ao número de meses necessários à concessão do benefício requerido.

1.2 PRINCÍPIOS EMBASADORES

Para o direito previdenciário, os princípios podem ser definidos como fontes norteadoras do direito que se aplicam de forma genérica. Não são tidos como Leis, no entanto, têm o objetivo de conduzir o intérprete para a análise mais aproximada do real sentido da lei, proporcionando a aplicação dos benefícios ao que deveras é a vontade do legislador.

Pode-se alcançar noção, embora não esgote o tema, sobre os princípios embasadores da previdência a partir da definição prestada por Castro e Lazzari (2005, p.59), no que versa,

Proclamada a autonomia científica do Direito Previdenciário, incumbe apresentar os princípios pelos quais se norteia este ramo do Direito. É certo que princípio é uma ideia, mais generalizada, que inspira

outras ideias, a fim de tratar especificamente de cada instituto. É o alicerce das normas jurídicas de certo ramo do direito.

Pelo exposto, diante da autonomia científica do Direito do Previdenciário, os princípios têm a função de exercer linhas gerais que servem como diretrizes para a interpretação e produção das normas previdenciárias. A legislação deve estar em consonância com estes princípios sob pena de ser mera letra morta, incapaz de refletir a justiça social.

A Lei previdenciária 8.213/91, em seu artigo 2º, estabelece os princípios norteadores da Previdência social, quando diz:

Art. 2º A Previdência Social rege-se pelos seguintes princípios e objetivos:

- I - universalidade de participação nos planos previdenciários;
- II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
- III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios;
- IV - cálculo dos benefícios considerando-se os salários-de-contribuição corrigidos monetariamente;
- V - irredutibilidade do valor dos benefícios de forma a preservar-lhes o poder aquisitivo;
- VI - valor da renda mensal dos benefícios substitutos do salário-de-contribuição ou do rendimento do trabalho do segurado não inferior ao do salário mínimo;
- VII - previdência complementar facultativa, custeada por contribuição adicional;
- VIII - caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com a participação do governo e da comunidade, em especial de trabalhadores em atividade, empregadores e aposentados.

A análise de tais princípios revela a vontade do legislador de configurar a previdência social como um sistema protecionista, capaz de organizar a sociedade através da solidariedade contributiva, objetivando assegurar o maior número de indivíduos possíveis.

Desse modo, ratifica os princípios estabelecidos no art. 194 da CF configurando como verdadeiros objetivos a serem alcançados por meio da legislação previdenciária, sob o enfoque de diretrizes gerais (princípios) que objetivam a promoção do bem estar coletivo e justiça social.

1.2.1 Universalidade de participação nos planos previdenciários

Por este princípio estabelece-se que o sistema previdenciário tem caráter universal, ou seja, que atinge a todos os indivíduos, sem distinção, assegurando que todos possam participar do plano da Seguridade Social, contribuindo para o seu custeio. Entende que, para existir direito ao recebimento de todos os serviços e benefícios, deve haver a solidariedade no custeio por parte dos segurados, pois, apenas o direito à saúde e assistência social não carecem de contribuição.

Neste sentido, preleciona Netto(2002, p. 70-71):

[...] abriu-se a possibilidade de que qualquer pessoa pudesse participar dos benefícios da previdência social, mediante contribuição na forma dos planos previdenciários (incluindo-se a figura do segurado facultativo), numa clara tendência no sentido de dar atendimento ao princípio da universalidade da cobertura e do atendimento, ainda que parcialmente (uma vez que para a conquista dos benefícios previdenciários se continua a exigir uma contribuição prévia).

Logo, a universalidade na participação do custeio da previdência se distingue da universalidade apregoada na saúde e assistência, pois, somente as pessoas que contribuem é que terão direito à participação universal nos planos previdenciários sejam na qualidade de segurados obrigatórios ou facultativos. Para tanto, facilita a filiação de segurados, abarcando o maior número de pessoas para que tenham direito aos benefícios no caso de contingências preestabelecidas.

1.2.2 Uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais

No contexto histórico, é sabido que nem sempre aos trabalhadores urbanos e rurais foram despendidos o mesmo tratamento, privando estes de muitos direitos conferidos aos trabalhadores urbanos. Atualmente, porém, foi instituído o art. 7º da CF conferido tratamento isonômico, assegurando-lhes os mesmos benefícios e serviços de forma uniforme e equivalente.

Anda bem Martins (2010, p.54) quando distingue a uniformidade e a equivalência, e estabelece:

[...] a uniformidade vai dizer respeito aos aspectos objetivos, às contingências que irão ser cobertas. A equivalência vai tomar por base o aspecto pecuniário ou do atendimento dos serviços, que não serão necessariamente iguais, mas equivalentes, na medida do possível, dependendo do tempo de contribuição, coeficiente de cálculo, sexo, idade etc.

Mister lembrar que, embora a Constituição traga a noção de equivalência em relação aos trabalhadores urbanos e rurais, não significa que deve haver igualdade no valor do recebimento dos benefícios, pois, por mais que haja igualdade nos critérios para concessão dos benefícios o valor deste pode ser diferenciado.

1.2.3 Seletividade e distributividade na prestação dos benefícios

A seguridade social tem como função precípua acobertar os segurados e seus dependentes da ocorrência de contingência que possam afetar a sua subsistência, para isso, estabelece critérios para concessão de serviços e benefícios que selecionam os indivíduos realmente necessitados, através da adequação da necessidade à norma.

Sabe-se que o acesso à saúde não necessita de seleção, sendo oferecido a quem dele precise. No entanto, para determinados benefícios, é preciso que haja uma escolha de quem auferirá os benefícios, para que, posteriormente, possa haver a distribuição.

A seletividade se direciona ao legislador, tem como função possibilitar que, precipuamente, sejam identificados o que deve ser considerado risco social e, posteriormente, a adequação da norma à necessidade do indivíduo protegido.

Já a distributividade está relacionada à distribuição de renda aos que mais necessitam de proteção, proporcionando a partilha de benefícios e serviços uma vez que, selecionada as necessidades/contingências, verifica-se a possibilidade de concessão.

Este princípio, segundo Martins (2007, p.54) tem como função proporcionar a justiça social por meio da predisposição de contingências nas normas e, conseqüentemente, a distribuição de renda. No entanto, nem sempre é possível, pois, os mais necessitados, podem não ter direito aos benefícios, por nunca terem contribuído para o sistema.

1.2.4 Cálculo dos benefícios considerando-se os salários-de-contribuição corrigidos monetariamente

Este princípio emerge a ideia do justo valor a ser recebido pelo segurado. Assim, busca-se evitar distorções do legislador constitucional referente ao valor pago na prestação previdenciária, quando estabelece que, para a concessão do benefício com base nos salários de contribuição, devem estes ser corrigidos monetariamente, afim de que traduzam o valor real a ser recebido.

Nesse mesmo sentido ensina Pavione (2011) quando alude sobre a correção monetária do salário de contribuição para fins de concessão do benefício:

Os salários-de-contribuição são utilizados para o cálculo da maioria dos benefícios previdenciários. Logo, devem ser corrigidos monetariamente na época da concessão dos benefícios, para que reflitam com a maior precisão possível, nos dias de hoje, o que o segurado recebia ou declarou há tempos atrás, recompondo-se principalmente as perdas inflacionárias. De acordo com o art. 29-B da Lei 8.213 “os salários-de-contribuição considerados no cálculo do valor do benefício serão corrigidos mês a mês de acordo com a variação integral do Índice Nacional de Preços ao Consumidor – INPC, calculado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE”

A partir deste princípio, proporcionou-se mais justiça no valor dos benefícios concedidos, tendo em vista que, anteriormente a esta regra, os benefícios não eram corrigidos monetariamente o que acarretava, frequentemente, a diminuição do valor pago aos beneficiários. Em consonância a este ditame, prevê ainda a Constituição Federal no ser art. 201,§3º que devem ser atualizados o valor do salário de contribuição para o caso de concessão de benefícios, na forma da Lei.

1.2.5 Irredutibilidade do valor dos benefícios de forma a preservar-lhes o poder aquisitivo

O princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios tem grande repercussão social, tendo em vista que garante ao segurado que o benefício mantenha a sua finalidade de proporcionar o mínimo necessário para a sua subsistência. Dessa forma, reflete a segurança jurídica, ao passo que, impossibilita a redução do valor nominal do benefício por parte do Poder Público, mesmo em tempos de crise econômica, evitando um retrocesso do sistema securitário.

Além do aspecto nominal, concernente ao valor numerário do benefício, deve-se atentar para a capacidade aquisitiva do valor recebido. Nestes termos, se manifesta Amaro (2010, p.25) quando diz que “no que concerne aos benefícios previdenciários, ainda é garantido constitucionalmente o reajustamento para manter o seu valor real, conforme os índices definidos em lei, o que reflete a irreduzibilidade material” assegurando que além do valor integral seja mantida também o valor material do benefício diante dos índices inflacionários.

Se relaciona ainda ao princípio da intangibilidade salarial dos empregados e dos vencimentos dos servidores, pois também estabelece a impossibilidade de redução do valor nominal, descontos não previstos em lei ou determinação judicial, arresto, sequestro ou penhora, conforme diz Lazzari (2005,p.60). Assegura nesse ponto, o caráter alimentar que tem o benefício, sendo responsável pela sua subsistência e, decorrendo disto a sua intangibilidade e irreduzibilidade.

1.2.6 Valor da renda mensal dos benefícios substitutos do salário-de-contribuição ou do rendimento do trabalho do segurado não inferior ao do salário mínimo

Como é sabido, o benefício garantido pela previdência social substitui o salário ou rendimentos auferidos pelo segurado caso ocorra a contingência preestabelecida em Lei. Infere-se deste princípio que o valor do benefício não pode ser inferior a um salário mínimo, tendo em vista que esta quantia equivale ao mínimo estabelecido para que possa ser garantida as condições de subsistência do segurado e seus dependentes. Se o valor concedido fosse em menor monta, estaria, pois, comprometida a subsistência dos beneficiários.

Tal princípio se explicita a partir do teor do art. 201,§2º da CF: “Nenhum Benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo”.

Dessa forma, entende-se que a própria Constituição Federal coaduna com a manutenção de condições mínimas de subsistência dos segurados, com foco na dignidade da pessoa humana, pelo que, a garantia do benefício em quantidade inferior ao salário mínimo, não atenderia a este requisito.

1.2.7 Previdência complementar facultativa, custeada por contribuição adicional.

A seguridade social é de competência do Estado e tem como intuito, proporcionar aos cidadãos um sistema previdenciário que assegure os beneficiários dos riscos sociais preestabelecidos, ofertando-lhes as condições necessárias para a sua subsistência.

Para isso, criou o Regime Geral de Previdência Social que abarca todos aqueles que exerçam atividades laborais remuneradas, filiando-os obrigatoriamente, sob um sistema previdenciário assecuratório. No entanto, a Constituição Federal também tratou de prever outro sistema previdenciário, regulado por Lei Complementar, não vinculado ao regime geral e de caráter facultativo, financiado por renda adicional, como versa o art. 202 da Constituição Federal:

Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.

Este tipo de seguro social é privado e objetiva complementar o valor recebido da previdência sob regime geral. Assim, constitui uma faculdade o

beneficiário se filiar a esse sistema para que no futuro goze de dois sistemas assecuratórios que lhe proporcione maior renda.

1.2.8 Caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com a participação do governo e da comunidade, em especial de trabalhadores em atividade, empregadores e aposentados.

Este princípio desenvolve a ideia de democratização na gestão da coisa pública. Defende que todos os interessados devem participar das decisões para melhor defender os seus direitos quando estes tiverem que ser deliberados em fóruns ou conselhos. Cabe assim, a sociedade participar da gestão da Seguridade social.

Manifesta-se nesse sentido Ibrahim (2010,p.77), quando menciona:

A atual Constituição brasileira adotou a gestão democrática da seguridade social, como já tinha defendido *Beveridge* décadas atrás. Nada mais natural que as pessoas diretamente interessadas na seguridade participem de sua administração. A participação das empresas também se justifica, na medida em que essas entidades são responsáveis, em parte, pelo custeio securitário. As medidas de ajuste na cotização patronal certamente trazem repercussões na atividade produtiva do país, e as considerações dos empregadores são fundamentais, antes de qualquer alteração das regras existentes.

Dessa forma, preza-se pela gestão quadripartite da administração da Seguridade social, com a participação do governo, aposentados, trabalhadores e empregadores, representando os interesses em Conselhos, a exemplo, o Conselho de Recursos da Previdência Social e o Conselho Nacional de previdência Social (CNPS).

2 SALÁRIO MATERNIDADE

Diante do estado puerperal, compreendido como o lapso temporal que necessita a mulher para retornar as condições anteriores a gestação, bem como do nascimento de uma criança, fez-se necessário ao longo da história que se elaborasse leis capazes de salvaguardar esta situação excepcional garantindo, concomitantemente, à mãe o direito ao recebimento do salário equivalente ao que recebia enquanto laborava e, à criança, o acompanhamento da responsável durante os primeiros meses de vida.

Dessa forma, o salário-maternidade tem cunho assistencial e está previsto na Constituição Federal, além da previsão infraconstitucional da Lei previdenciária nº 8.213/91, que em seu art. 71 garante à segurada da Previdência Social o recebimento desse benefício durante os dias correspondentes ao seu afastamento. *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.

Como se pode observar na Lei, o salário maternidade é concedido apenas à segurada do INSS. Tem como costume, ser oferecido pela autarquia previdenciária à gestante durante o tempo de afastamento para sua recuperação física e primeiros cuidados do recém nascido, correspondendo ao valor do salário de contribuição. Grande celeuma se evidencia, pois, mesmo diante da isonomia de direitos entre homens e mulheres, inexistente previsão legal em tal artigo sobre a possibilidade de extensão do benefício ao homem que, por impossibilidade da mulher, tiver que prestar assistência ao filho no lugar desta.

Destarte, o direito foi sendo sucessivamente modificado no transcorrer do tempo, consolidando o entendimento de que é essencial resguardar a saúde da gestante e, sobremaneira, proporcionar à criança maiores cuidados, bem como sua inserção social durante os primeiros meses de vida. A aplicação da legislação foi sendo gradualmente modificada, permitindo aos Tribunais posicionamentos inovadores, capazes de abarcar situações excepcionais como a concessão do salário maternidade ao homem.

É pois, sob a ótica da Constituição Federal e das Leis Previdenciárias que se analisa a possibilidade de concessão do salário-maternidade, sob o foco do Estatuto da Criança e do Adolescente, que sobreleva a proteção à criança e possibilita, neste termos, a extensão do salário maternidade ao homem com fulcro no princípio da isonomia visando a igualdade de gênero e o benefício indireto do filho por meio do pai.

2.1 BREVE HISTÓRICO DO SALÁRIO MATERNIDADE

As primeiras determinações que apontam para a proteção da maternidade se deu a partir da fundação da Organização Internacional do Trabalho, em 1919, orientando os países membros a criação de medidas que assegurem tipos de licença maternidade.

Dessa forma, o entendimento internacional é de proteger a mulher durante o período de gravidez e após o parto, através da implementação de garantias que assegurem estabilidade à mulher no mercado de trabalho resguardando-a frente aos empregadores, ao mesmo tempo em que propicia condições suficientes de proteção à criança.

No Brasil, a primeira disposição a tratar da assistência à maternidade e à criança se deu, em 31 de dezembro 1923, através do decreto nº 16.300 pertencente ao departamento nacional de saúde pública. Deste,

constavam normas protecionistas especiais para as mulheres, sobretudo, para as trabalhadoras das fábricas em período de amamentação. Ficou estabelecido que o empregador era obrigado a facultar às empregadas uma licença de trinta dias e facilitar a amamentação durante o período de trabalho.

Note-se que esta regra era apenas facultativa vindo a ser efetivamente aplicada por meados de 1930.

O Decreto Lei 21.417-A, de 16 de Maio de 1932, previu as condições do trabalho das mulheres em estabelecimento de comércio, indústria e sobre a proteção da maternidade.

Esse decreto surgiu sob influência das lutas sociais aguerridas pelos trabalhadores possibilitando a criação de direitos sociais que se consolidaram com o surgimento da Previdência Social. Assim, a empregada passou a ter direito a um auxílio-maternidade correspondente à metade do seu salário, conforme a média dos seis últimos meses, os quais seriam pagos pelas caixas criadas pelo Instituto de Seguro Social e, subsidiariamente, pelos empregadores.

Segundo Ribeiro (2009, p.41) este decreto foi de encontro à convenção nº 3, pois, conflitava sobre o prazo de duração da licença a que a mulher tinha direito, assim como sobre o ônus do empregador de pagar o benefício quando da ausência da assistência previdenciária.

No que tange às constituições brasileiras, a primeira a tratar diretamente a cerca do salário maternidade foi a de 1934. Estabelecia a assistência médica e sanitária à gestante, inovando pela previsão do direito ao descanso antes e depois do parto.

Dessa forma, previu o salário-maternidade como risco social, pelo que versa os artigos 121, § 1º, “h”; §3º; e art. 138, “c”, que seguem:

Art. 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.
§ 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador: (...)
h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a este descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte;

§ 3º - Os serviços de *amparo à maternidade e à infância*, os referentes ao lar e ao trabalho feminino, assim como a fiscalização e a orientação respectivas, serão incumbidos de preferência a mulheres habilitadas.

Art. 138 - Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das

leis respectivas: (...)

c) amparar a *maternidade e a infância*;[...]

Embora traga garantia à mulher e à infância, a Constituição de 1937, fruto do Golpe de Estado, não assegurou emprego à gestante deixando lacuna neste sentir. Não obstante, por necessidade de unificação, foi promulgada a Consolidação das Leis Trabalhistas em 1943, pelo que mencionou o art. 137, I da CF que a legislação trabalhista deveria notar além de outros preceitos a assistência médica e higiênica à gestante, assegurado ainda um período de descanso antes e depois do parto.

A Constituição Federal de 1946 foi incisiva na proteção do emprego, até então não estabelecida. Manteve a garantia de assistência sanitária, médica e hospitalar à gestante. Tratou do descanso antes e depois do parto e, ainda, impôs que a previdência social deveria adotar medidas em favor da maternidade, conforme se depreende do art. 157, XIV e XVI:

Art. 157 - A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores: (...)

XIV - assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica preventiva, ao trabalhador e à gestante; (...)

XVI - previdência, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade e contra as consequências da doença, da velhice, da invalidez e da morte.

No mesmo sentido revela a preocupação o artigo 164 da mesma Constituição quando impõe como obrigação a assistência à maternidade, à infância e à adolescência em todo o território nacional.

Segundo as normas infraconstitucionais, o Decreto nº 51.627 de 18 de dezembro de 1962 promulgou a Convenção de nº 3 da OIT que, de forma preliminar, estabeleceu o dever do Estado ou instituição de seguro em garantir a mulher e a seu filho uma prestação para a sua manutenção durante o tempo em que ficasse afastada no período de licença.

Com a evolução da legislação sobre o salário-maternidade, retirou-se o ônus do empregador e ficou estabelecido que o pagamento das prestações

durante a licença da empregada seria dever do Estado ou de um sistema de seguro, embora permanecesse o conflito com os empregadores, que se recusavam a efetuar o pagamento do salário-maternidade.

Por meio do Decreto 58.820 de 14 de julho de 1966, foi regulamentada no Brasil a Convenção nº 103 da OIT que dispôs que “em caso algum o empregador deverá ficar pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas à mulher que emprega”(art. 8, IV). Assim, foi desenvolvido o entendimento da maternidade como risco social e visou-se, sobremaneira, ao banimento à discriminação do trabalho da mulher.

Ficou convencionado, definitivamente, que as prestações pagas durante todo o período de afastamento da gestante não poderiam ser imputadas ao empregador, incumbindo-a a um sistema de seguro social ou fundo público do gênero. Mostra a importância dessa convenção e, principalmente, dos direitos assegurados Neiverth e Mandalozzo(2009, p.3)quando versa:

São assegurados à mulher empregada, através de referida Convenção, independentemente de seu estado civil, licença remunerada compulsória de doze semanas sendo que parte dessa licença deverá ser concedida obrigatoriamente depois do parto, e períodos para aleitamento. Os direitos se estendem a percepção de prestações pagas pelos cofres públicos suficientes a sua manutenção e a do filho durante o afastamento que se dará mediante apresentação de atestado médico. E ainda a norma internacional garante-lhe estabilidade no emprego quando considera ilegal a dispensa da empregada durante a gravidez, por ocasião do parto e no período da licença obrigatória. São alcançadas por essa tutela as empregadas dos setores industriais, comerciais, empregadas agrícolas, domésticas e as que trabalham em domicílio.

Importante passo, especialmente na dimensão social, se deu quando o Brasil ratificou a Convenção sobre a Eliminação de Todas as formas de Discriminação contra a Mulher que visa impedir discriminação em razão do casamento e da maternidade em que os Estados-membros, dentre outras medidas, deveriam implantar o salário-maternidade por meio de salários pagos ou benefícios sociais comparáveis (art. 11, nº2, b).

Foi um importante passo para desenvolver a noção de isonomia entre os brasileiros à medida que desponta o dever de garantir a igualdade entre homens e mulheres, defendendo estas perante o mercado de trabalho e garantindo à criança os primeiros cuidados.

Embora não trouxesse grandes inovações em relação às anteriores, a constituição de 1967 em seu art. 158, inc.XI e a Emenda Constitucional de 1969 no art. 165, inc. XI vieram resguardar o direito ao descanso remunerado da gestante, antes e depois do parto, assegurando-lhe, para tanto, o emprego e o salário.

Para efetuar tal atribuição, expediu-se o Decreto 83.080 de 24 de Janeiro de 1976, estabelecendo a Consolidação da Lei da Previdência Social – CLPS, que tratou da matéria em seu artigo 23, I,h, e artigo 50 e regulamentou os benefícios da Previdência Social nos seus art. 103 e 110.*In verbis*:

Art. 103. O salário-maternidade é devido, independentemente de carência, à segurada empregada grávida, no período de 4 (quatro) semanas antes e 8 (oito) semanas depois do parto cumprindo à empresa efetuar o pagamento, observado o disposto a seção.

§ 1º Em casos excepcionais os períodos de antes e depois do parto podem ser aumentados de mais 2 (duas) semanas cada um, mediante atestado médico fornecido pela previdência social.

§ 2º Em caso de parto antecipado a segurada empregada tem direito às 12 (doze) semanas previstas neste artigo.

§ 3º Em caso de aborto não criminoso, comprovado, mediante atestado médico fornecido pela previdência social, a segurada empregada tem direito ao salário-maternidade correspondente a 2 (duas) semanas.

§ 4º A empregada doméstica não faz jus ao salário-maternidade.

Art. 110. Os períodos de que tratam o artigo 103 e seus parágrafos são contados, para todos os efeitos, como tempo de serviço.

Segundo ensina Ribeiro (2009, p. 42) o salário-maternidade tinha as seguintes características quando da instituição do Instituto Nacional da Previdência Social:

Era imprescindível a existência de vínculo empregatício para a concessão do salário – maternidade, art.76. O mesmo Decreto no seu artigo 103, § 4º, vedou a concessão do benefício para a empregada doméstica. A segurada empregada era isenta de carência, art.23, h. A duração para licença maternidade era de doze semanas, quatro antes e oito depois do parto, art.103. O benefício relativo à maternidade não estava sujeito aos limites estabelecidos para o cálculo do salário-de-benefício. O pagamento era feito pelo INPS e o empregador funcionava como intermediário entre a empregada e a previdência social. O INPS era dispensado do pagamento do 13º salário relativamente ao tempo coberto pelo salário-maternidade, art.111. Era concedida a remuneração integral da gestante e, em caso de dois empregos, tantos salários-maternidade quantos fossem os empregos.

Neste ponto da história não restava mais dúvida sobre a responsabilidade de custear o benefício, embora este ainda seja concedido sob um lapso temporal restrito a oitenta e quatro dias (vinte e oito dias antes do parto e cinquenta e seis dias após o parto), garantia esta que não refletia o real período necessário para cuidar da criança.

O salário-maternidade só atingiu seu apogeu com o advento da Constituição Feral de 1988 que forneceu verdadeira evolução no campo social criando o sistema de Seguridade Social da qual a Previdência Social é um ramo. Abarca a maior previsão de riscos sociais possíveis criando um sistema de seguro que forneça meios de subsistência ao segurado caso ocorra o risco preestabelecido, dentre os quais a maternidade está prevista.

A Constituição de 1988 assegura direitos de proteção à gestante, pelo que estabeleceu no 7º, inc. XVIII como direito dos trabalhadores urbanos e rurais a licença à gestante “sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias”, além de outros que lhe sejam conferidos.

A Carta Magna estabeleceu o período da licença-maternidade, ampliando ainda o prazo previsto na legislação ordinária para cento e vinte dias.

No que tange à Seguridade Social, a maternidade está elencada dentre os riscos que merecem cobertura, pelo que estabelece:

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.(...)

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante.

O salário-maternidade é então concedido àquelas que detêm a qualidade de seguradas, mediante um sistema de contribuição para a Previdência Social, com filiação obrigatória a todos que estão submetidos ao Regime Geral de Previdência Social.

Posteriormente, o salário-maternidade foi regrado na Legislação Ordinária pelos artigos 71 a 73 da Lei de nº 8.213/91 que versa:

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.

Art. 71-A. À 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, se a criança tiver até 1(um) ano de idade, de 60 (sessenta) dias, se a criança tiver entre 1 (um) e 4 (quatro) anos de idade, e de 30 (trinta) dias, se a criança tiver de 4 (quatro) a 8 (oito) anos de idade.

Parágrafo único. O salário-maternidade de que trata este artigo será pago diretamente pela Previdência Social.

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 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.

§ 2º A empresa deverá conservar durante 10 (dez) anos os comprovantes dos pagamentos e os atestados correspondentes para exame pela fiscalização da Previdência Social.

§ 3º O salário-maternidade devido à trabalhadora avulsa e à empregada do microempreendedor individual de que trata o art. 18-A da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, será pago diretamente pela Previdência Social.

Art. 73. Assegurado o valor de um salário-mínimo, o salário-maternidade para as demais seguradas, pago diretamente pela Previdência Social, consistirá:

I - em um valor correspondente ao do seu último salário-de-contribuição, para a segurada empregada doméstica;

II - em um doze avos do valor sobre o qual incidiu sua última contribuição anual, para a segurada especial;

III - em um doze avos da soma dos doze últimos salários-de-contribuição, apurados em um período não superior a quinze meses, para as demais seguradas.

Atualmente, além da legislação previdenciária, a Consolidação das Leis Trabalhistas-CLT prevê um capítulo específico para tratar sobre a proteção da mulher nos artigos 372 a 401, incluindo entre estes um título que versa sobre a maternidade e, assim, sobre a garantia durante o afastamento de cento e vinte dias a que é submetida à gestante.

Com a promulgação da Lei nº 11.770 de 09 de setembro de 2008 criou-se o Programa Empresa Cidadã através do qual possibilitou a prorrogação do período de concessão da licença maternidade de cento e vinte dias para cento e oitenta dias, proporcionando mais um avanço na legislação em busca de garantir proteção a saúde da mulher e a, criança, maiores cuidados à medida que possibilita mais tempo de contato com a mãe.

O que se pode observar é uma constante evolução na legislação brasileira no que tange a proteção da maternidade e da criança. Configurou o salário-maternidade uma conquista social e um avanço, em especial, para a legislação previdenciária, pois aponta para além da cobertura de um risco social: para a possibilidade de extensão do benefício mediante a análise do caso concreto feita pelo magistrado, despontando novas jurisprudências que dão entendimentos sobre a Lei, contrapondo-se a estrita literalidade.

2.2 NOÇÕES PROPEDEÚTICAS SOBRE SALÁRIO-MATERNIDADE E LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA

O salário-maternidade é um benefício previdenciário pago pelo Instituto Nacional de Seguridade Social devido à segurada contribuinte durante o período de afastamento em razão da maternidade (antes e após o parto), com valor igual ao recebido quando exercia o trabalho ou, ainda, no caso de adoção de criança com menos de oito anos de idade.

Esse benefício está previsto na Constituição Federal assegurando-se o direito à maternidade e especial proteção à gestante. Assim, esse benefício está elencado dentre as prestações oferecidas pela previdência social, sob o regime contributivo abarcando todas as seguradas da autarquia previdenciária.

O legislador infraconstitucional, visando instituir um conceito mais amplo sobre o salário-maternidade, tratou de complementar a Constituição Federal através do art. 71 da Lei 8.213/91.

Discorrendo ainda sobre salário-maternidade, complementa o doutrinador Ibrahim (2012, p. 654), quando ensina:

O salário-maternidade é devido à segurada empregada, trabalhadora avulsa, empregada doméstica, contribuinte individual, facultativa ou segurada especial, durante 120 (cento e vinte) dias, com início até 28 (vinte e oito) dias anteriores ao parto e término 91 dias depois dele, considerando, inclusive, o dia do parto. Naturalmente, a regra exposta não é rígida, ou seja, se a segurada continua a trabalhar até o parto, terá ainda o direito aos 120 (cento e vinte) dias de licença, com o respectivo pagamento de salário-maternidade durante todo o período.

O salário-maternidade tem um lapso temporal fixo de cento e vinte dias, podendo variar, apenas, o início do seu gozo. Como aponta Romano (2010, p.469) mesmo em caso de parto antecipado, a gestante terá direito aos cento e vinte dias, reduzindo-se do período de carência o número de contribuições equivalentes aos meses em que o parto foi antecipado.

No que tange a sua denominação, urge ressaltar algumas nomenclaturas normativas para que se distinga o salário-maternidade de outros institutos previsto na legislação.

Diferencia-se de início da licença maternidade, também conhecida como licença-gestante, por se caracterizar esta como o lapso temporal de 120 dias de afastamento do trabalho a que tem direito à gestante para se recuperar fisicamente e cuidar da criança que nasceu durante os primeiros meses de vida. Enquanto o salário-maternidade corresponde ao valor em dinheiro pago pelo INSS durante este período.

Outra distinção aponta Martins (2007, p.377) quando afirma o auxílio-natalidade:

Distingue-se o salário-maternidade do auxílio-natalidade. Este era prestação de assistência social. O primeiro é prestação da previdência social. No auxílio-natalidade, como prestação de assistência social, não era necessário o pagamento de contribuição para fazer jus ao benefício (art. 203, CF) enquanto o salário-maternidade necessita de contribuição (art.201,CF).

Infere-se que o auxílio-natalidade não é instituto vinculado a previdência social. Diferentemente, trata-se de um dos benefícios assegurado pela assistência social que independe de contribuição para gozar do benefício. Desse modo dispõe o artigo 203 da Constituição:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Nesse teor, entende-se que o auxílio-natalidade faz parte de uma política social assistencialista que visa atender os encargos familiares e, não necessariamente, uma incapacidade laborativa. Este benefício é concedido através de uma única parcela em dinheiro, em decorrência do parto. Difere do salário-maternidade pago em diversas parcelas entre os meses de afastamento da gestante.

A natureza jurídica do salário maternidade é de prestação previdenciária, tendo em vista que é a Previdência Social através do Instituto Nacional de Previdência Social-INSS que efetua o pagamento à gestante. Como visto, não se inclui dentre as prestações da Assistência Social, por não estar elencado no art. 203 da Constituição, mas de benefício previdenciário preestabelecido no inciso II do art. 201 e inciso XVIII do art. 7º da Constituição Federal.

Note-se ainda que o pagamento feito a título de salário-maternidade não configura salário, tendo em vista que é feito pelo INSS e não pelo empregador. Embora seja pago mensalmente e com renda equivalente a renda da segurada. Não tem natureza remuneratória, pois tem como função primordial manter a subsistência da gestante e é pago enquanto está afastada do trabalho. Dessa forma, é permitido, por exemplo, o recebimento do salário-maternidade pela segurada autônoma que não recebe salário fixo, mas contribui para que tenha direito ao benefício.

A lei infraconstitucional estabelece como beneficiárias do salário-maternidade todas as seguradas da Previdência Social. Assim, estão inclusas todas as empregadas(urbanas, temporárias e rurais), doméstica, trabalhadora avulsa, contribuinte individual autônoma, eventual, segurada especial e

segurada facultativa. Assim, por falta de previsão legal, o salário-maternidade só pode ser concedido à segurada da Previdência Social.

Não obstante a ampliação do benefício para as seguradas autônomas, eventual, empresária e facultativa, resta contenda a cerca da violação constitucional do art. 195, §5º tendo em vista que foi estendido o direito sem que exista fonte de custeio prévia e específica previsto em Lei.

Conforme ensina Martins (2007, p.378), para que o benefício do salário-maternidade fosse concedido à segurada especial, houve um aumento na alíquota do segurado, incidente sobre a comercialização da produção, para que custeasse esse evento, através da Lei 8861/94. No entanto, no caso das contribuintes individuais e facultativas, não houve o custeio específico e, por isso, é inconstitucional a concessão do benefício.

Ainda no que concerne ao rol de seguradas, tendo em vista que o salário-maternidade visa resguardar a gestante durante o período de recuperação pós-parto, é cabível a extensão desse benefício à avó que empresta seu útero para inseminação do óvulo da nora, visto que também precisa se recuperar. Quanto à mãe, esta não deve gozar do benefício, pois, seria concedido dois benefícios oriundos de um único fato gerador, o que vai de encontro à legislação.

A legislação prevê, ainda, a concessão do salário-maternidade em razão da adoção ou guarda para fins de adoção. É sabido que o art.7º, XVIII da Constituição prevê apenas o benefício para mulheres em virtude da gestação. A adotante não passa pelo processo de gestação, no entanto, tem o dever de cuidar da criança tal qual a mãe biológica, devendo dedicar esforços similar à criança. Some-se, ainda, o dever de proteger a adotante frente ao mercado de trabalho, pois, constituiria óbice ao empregador mulheres adotantes ou com pretensões de adoção.

A Lei nº 10.421/2002 incluiu o art. 71-A à Lei nº 8.213/91 concedendo o salário-maternidade a adotante. Na verdade, não deveria se nomear de salário-maternidade, já que não houve gestação, mas apenas licença remunerada, custeado pelo INSS. Menciona as condições para concessão o art. 71-A, quando versa:

Art. 71-A. À 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, se a criança tiver até 1(um) ano de idade, de 60 (sessenta) dias, se a criança tiver entre 1 (um) e 4 (quatro) anos de idade, e de 30 (trinta) dias, se a criança tiver de 4 (quatro) a 8 (oito) anos de idade.

Pode-se constatar pela Lei que a finalidade maior é proporcionar à criança a adaptação ao novo lar e as pessoas. Visa assegurar o processo de adoção, cujo benefício equivale em suas características aos casos de recebimento em decorrência da gestação e, assim, abrange todas as seguradas do INSS, não apenas as empregadas.

Quanto ao custeio do benefício para as seguradas adotantes, visando resguardar a constitucionalidade em decorrência da imposição do §5º, art. 195 da Constituição Federal que trata da correspondência da fonte de custeio, determinou-se pelo art. 4º da Lei nº 10.421 que o custeio deve ser idêntico ao da segurada gestante, disposto no inciso I do art. 22 da Lei nº 8.212/91 dando tratamento equivalente à concessão do salário-maternidade com fato gerador gestação e adoção.

Mister lembrar a regra estabelecida pelo art. 1.619 do Código Civil para adoção. Ressalta que o adotante deve ser no mínimo dezesseis anos mais velho que o adotado. O descumprimento da determinação torna ilegal a adoção e, por conseguinte, o recebimento do benefício.

Devido à função primordial que o salário-maternidade representa para os casos de adoção, qual seja, permitir a inserção familiar da criança, o tempo de concessão do benefício é proporcional a idade da criança. Defende este posicionamento Martins(2007, p. 380) quando expõe:

O art. 71-A da Lei nº 8.213 trata da concessão da licença de forma escalonada, em razão do tempo de convivência. Quanto maior for a idade, menor será o período de concessão da licença, pois não é a mesma atenção que se deve ter com uma criança de até um ano e com outra de oito anos, que já tem certa sensibilidade da vida e já deveria estar na escola. Se a criança tiver mais de 8 anos, a adotante não faz jus ao benefício.

Assim, vê-se que o salário-maternidade traz em si uma função social de assistência à mulher e à criança. É, pois, luta da mulher por seus direitos e fruto da evolução legislativa no país que possibilitou resguardar à mulher diante

do mercado de trabalho, garantindo-lhe descanso antes e após o parto, permitindo a sua recuperação.

No que tange à criança, após a Constituição de 1988 e edição do Estatuto da Criança e Adolescente, emerge (será que só após esses diplomas surgiu a necessidade de proteção o dever de proteger as crianças. Dispõe que o Estado, a família e a sociedade em geral são responsáveis pelo desenvolvimento saudável das crianças e adolescentes. Oportunidade na qual o salário-maternidade é norma eficaz na inclusão do nascido e da criança adotada na família.

Numa visão vanguardista da legislação, já que a Lei prevê apenas a “segurada” mas não inclui o “segurado”, este estudo pretende ainda analisar os posicionamentos dos Tribunais que despontam o entendimento pela extensão do salário-maternidade ao homem, oriundo do novo contexto social em que o homem, em casos excepcionais, tem que fazer as vezes da mãe e, por isto, merece tratamento igualitário com fulcro na isonomia.

2.3 CONCESSÃO, REQUERIMENTO E PRAZOS

O salário-maternidade deve ser requerido pela segurada do INSS. Anteriormente a edição da Lei 9.528/97, a empregada doméstica e a segurada especial tinham um prazo de 90 dias para requerer o benefício. Com o surgimento da Lei, não há mais prazo para estas seguradas requererem o benefício.

Quanto ao prazo do salário-maternidade, explicita o art.7º, XVIII da Constituição Federal que a gestante tem direito à licença gestante de cento e vinte dias, período este que pode ser concedido 28 dias antes do parto e 92 dias após, sem prejuízo do emprego e do salário (art. 71, Lei 8.213/91).

Este prazo para recuperação da gestante, antes e após o parto, pode ser aumentado em duas semanas em casos excepcionais, por meio de atestado fornecido por médico do SUS, da empresa ou credenciado por meio de convênios.

Note-se ainda que, mesmo para os casos de partos antecipados, a gestante tem direito ao período integral de 120 dias. No entanto, reduz-se o número de contribuições equivalentes aos meses antecipados no parto.

No caso do natimorto, cuja criança nasce morta ou vem a falecer logo após o nascimento, mantém-se o direito ao recebimento do salário-maternidade, pois, a gestante passa por processo de parto e precisa se recuperar.

A Consolidação das Leis do Trabalho prevê que o tempo concedido a título de licença-maternidade será computado como de serviço para fins de férias e para aposentadoria, sendo tratada como período de falta justificado. Assim dispõe o artigo 131, II, da CLT:

Art. 131 - Não será considerada falta ao serviço, para os efeitos do artigo anterior, a ausência do empregado: (...)
II - durante o licenciamento compulsório da empregada por motivo de maternidade ou aborto, observados os requisitos para percepção do salário-maternidade custeado pela Previdência Social;

Ensina Martins (2007, p.386) que a licença-maternidade deve ser concedida mediante apresentação de atestado que contenham os dados necessários, especificando os períodos de licença antes e após o parto e a data do afastamento. A empresa tem o dever de guardar durante dez anos os comprovantes e atestados para fazer prova perante a Previdência Social.

Para que a segurada tenha direito ao recebimento do salário-maternidade faz-se necessário que estas tenham um número mínimo de contribuições a que se chama carência. Com a edição da Lei nº 9.876 que estabeleceu o art. 26,VI, da Lei 8.213/91 as seguradas empregada, trabalhadora avulsa e empregada doméstica não precisam de período de carência.

No que tange as seguradas contribuintes individuais, especiais e facultativas há um período mínimo de carência de dez contribuições mensais. A segurada especial, em particular, deve comprovar um período, embora

descontínuo, de no mínimo doze meses de exercício de trabalho rural, imediatamente anteriores ao recebimento do benefício.

Anteriormente a edição da Lei nº 9.876 o pagamento do salário maternidade era efetuado pela própria empresa. Isso constituía um óbice ao recebimento, pois, em diversas hipóteses havia irregularidades e fraudes no pagamento do salário-maternidade.

Está previsto no art. 73 da Lei nº 8.213/91 que o salário-maternidade da segurada empregada doméstica, da segurada especial e demais seguradas(individuais e facultativas) será pago diretamente pela Previdência Social. Faz menção ainda como beneficiária a trabalhadora avulsa. Dessa forma, constata-se que para o recebimento do benefício não precisa ser a mulher empregada, apenas que mantenha a qualidade de segurada.

O salário-maternidade auferido tem como função precípua assegurar financeiramente à beneficiária enquanto esta se recupera do parto ao mesmo tempo em que dá assistência à criança. Assim dispõe o art. 72 da Lei nº 8.213/91 que “o salário-maternidade para a segurada empregada ou trabalhadora avulsa consistirá numa renda mensal igual a sua remuneração integral”, dessa forma visa manter a integridade do salário da segurada durante a licença-maternidade.

O valor do salário-maternidade será igual ao valor recebido pela empregada e pela trabalhadora avulsa. Nesse sentido dispõe Ibrahim (2010, p. 682) sobre a quantia recebida pela gestante:

O salário-maternidade para a segurada empregada consiste numa renda mensal igual à sua remuneração integral, cabendo contribuição sobre estes valores, já que o salário-maternidade é, também, salário-de-contribuição. A contribuição da segurada será retida pela empresa, que recolherá a mesma junto com a cota patronal.

Conforme o art. 101 do Regulamento da Previdência Social, o valor do salário-maternidade será pelo menos de um salário-mínimo, assegurando o art. 202,§3º da Constituição Federal que o benefício que substitui o salário de contribuição seja inferior ao salário-mínimo.

É ainda garantido a beneficiária que, no caso de exercício de empregos concomitantes, será pago o valor do salário-maternidade referente à cada emprego para que não haja prejuízo de salário.

Grande celeuma se põe quanto ao valor do teto máximo de recebimento do salário-maternidade. A limitação do valor de todos os benefícios do RGPS ao mesmo teto contraria o art.7º,XVIII da Constituição que defende à licença-maternidade, sem prejuízo do emprego e do salário.

O Supremo Tribunal Federal se posiciona pelo direito à igualdade de direitos entre homens e mulheres, defendendo que o benefício deve ser pago integralmente, independente do valor do salário da trabalhadora, se maior ou menor que o valor do teto para recebimento do benefício estabelecido pelo INSS. Deve ser observado, no entanto, o art. 248, Constituição Federal:

Art. 248. Os benefícios pagos, a qualquer título, pelo órgão responsável pelo regime geral de previdência social, ainda que à conta do Tesouro Nacional, e os não sujeitos ao limite máximo de valor fixado para os benefícios concedidos por esse regime observarão os limites fixados no art. 37, XI.

Dessa forma, o salário-maternidade tem como teto o subsídio mensal dos Ministros do STF. Adota-se, por analogia, o teto da remuneração dos servidores públicos federais quando não for possível aplicar o limite do teto do RGPS. Por isso, nos casos em que remuneração da empregada exceda ao valor do teto dos Ministros do STF, cabe à empresa pagar toda a remuneração, sendo reembolsada apenas do valor equivalente ao teto destes Ministros garantindo a integridade do salário.

Como elucidado, o salário-maternidade tem por função garantir à mãe o direito à licença-maternidade, sem prejudicar-lhe o emprego e o salário. Neste sentir, desponta o direito para novos entendimentos, pois, apesar da legislação mencionar o termo “segurada”, tem-se resguardado também à criança o direito de ser beneficiária, à medida que, de forma inovadora, sentenças vem concedendo também ao pai o recebimento do salário-maternidade, conforme estudo a seguir.

3 ANÁLISE DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DE CONCESSÃO DO SALÁRIO MATERNIDADE AO HOMEM

O salário-maternidade é estabelecido na legislação previdenciária para beneficiar a mãe no caso de parto ou adoção. Não obstante, possui a garantia do recebimento de uma contribuição durante a licença-maternidade. Grande celeuma se põe diante da exclusividade do termo “segurada” estabelecido pela legislação, questão que se mostra duvidosa, pois, seria a possibilidade de concessão de tal benefício ao homem (segurado).

O princípio da igualdade surge na Constituição Federal como direito fundamental, em especial, previsto no art.5º, garantindo a paridade no tratamento entre as pessoas. Assim, busca-se atenuar as possíveis desigualdades através de tratamento jurídico diferenciado, de forma racional, para que se estabeleça a igualdade dos desiguais.

A isonomia tratada na Carta Magna vai além do estabelecimento da igualdade perante à lei. Almeja-se uma igualdade real, capaz de dar um tratamento mais benéfico mediante a análise do caso concreto porque passa o indivíduo, possibilitando iguais oportunidades para situações equivalentes. Dessa forma, seria isonômico conceder o salário-maternidade ao homem quando este assume o papel da mulher no cuidado com o filho.

A igualdade de gênero e o novo contexto social em que se formam as famílias na atualidade desponta a necessidade de adaptação da legislação previdenciária para abarcar novos casos que emergem da sociedade e proporcionam julgados inovadores nos Tribunais com base na isonomia e no direito de proteção da criança, como ocorre na concessão, por via judicial, do salário-maternidade ao pai pela impossibilidade da mãe cuidar da criança.

Vislumbra este estudo, a análise da legislação previdenciária e sua falta de flexibilização em favor do homem, e assim, analisa a possibilidade de

concessão ao pai e à criança um direito até então negado administrativamente pela Autarquia responsável, incumbindo aos Tribunais inovação nas decisões, de forma a garantir, além da aplicação isonômica da Lei, a promoção de justiça social.

3.1 ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA COMO GARANTIDOR DA IGUALDADE DE GÊNEROS FRENTE À LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA

Os princípios são normas de caráter genérico que servem para orientar e condicionar o entendimento do ordenamento jurídico em sua aplicação, ou mesmo, para a formação de novas Leis. Assim, os princípios servem, muitas vezes, para integrar a norma ao caso concreto quando essa não atinge suas particularidades.

Como afirma Lazzari e Castro (2005, p. 58) sobre o assunto:

É certo que princípio é uma ideia, mais generalizada, que inspira outras ideias, a fim de tratar especificamente de cada instituto. É o alicerce das normas jurídicas de certo ramo do Direito; é fundamento da construção escalonada da ordem jurídico-positiva em certa matéria. As regras ordinárias, portanto, devem estar embebidas por destes princípios, sob pena de se tornarem letra morta, ou serem banidas do ordenamento.

A Constituição Federal traz em seu texto uma gama de princípios que servem para nortear o sistema jurídico, incluindo a orientação da legislação previdenciária brasileira. Assim, representam preceitos pré-normativos que influem na sua construção e também na aplicação do direito previdenciário.

Além dos princípios específicos destinados ao sistema previdenciário (art. 194 da CF), dispõe a Carta Magna sobre princípios de caráter geral que também podem ser aplicados juntamente com os demais oferecendo subsídio para interpretação da legislação. Nesse contexto, inclui-se o princípio da igualdade, pois, embora não esteja positivado no elenco de princípios específicos da seguridade social, é eficaz instrumento para consecução do direito ao salário-maternidade ao homem, em casos excepcionais.

O princípio da igualdade emanou no ordenamento pátrio pela recepção da Declaração Universal dos Direitos Humanos que estabeleceu no art. I a

isonomia entre as pessoas, e fez dessa diretriz geral uma norma a ser seguida: Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

A igualdade aqui anunciada toma proporções mundiais, pela qual as pessoas devem ser tratadas com paridade no plano jurídico e político, abolindo os privilégios de determinados extratos sociais e faz com que homens e mulheres se igualem em direitos e deveres.

A ideia de igualdade alcança tamanha importância frente ao nosso ordenamento jurídico que está prevista desde o início da Carta Maior, inserida no Preâmbulo. Evidencia o tratamento que a legislação deve dispender sobre esse assunto.

O preâmbulo traz as diretrizes gerais que inspiraram a produção do texto constitucional, trazendo em si os seus objetivos, justificativas e finalidades. O princípio da igualdade é um reflexo da ideologia no Estado através dos constituintes que o apregoaram ao longo de todo o texto. Dessa forma, por mais que nem todos os princípios constitucionais sejam utilizados no campo previdenciário, o texto constitucional serve como fundamento para a seguridade social e deve ser observado pelo Poder Público na sistematização das normas infraconstitucionais, dentre elas as que concedem os benefícios previdenciários ao homem, em particular, o caso em estudo de concessão do salário-maternidade ao pai com fulcro na igualdade de gênero.

O direito à igualdade está elencado dentre os direitos fundamentais, colocando-o como um dos maiores marcos da modernidade, tendo em vista que é inviolável e, de modo algum, pode ser suplantado do ordenamento jurídico, pois goza de supremacia e de supralegalidade.

A previsão do direito a igualdade entre os direitos humanos está relacionado à ideia de fundamentalidade da constituição material defendida por Agra (2010, p. 175) mostrando que os direitos fundamentais carregam em si conteúdos essenciais para o ordenamento jurídico, não por estarem elencados na Constituição, mas pela relevância dos direitos que eles asseguram.

Assim, está disposta a igualdade no art. 5º, caput, da Constituição Federal:

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 segurança e à propriedade nos termos seguintes:
I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

A igualdade assegurada pela Constituição vista de forma superficial, tem natureza formal já que proporciona paridade jurídica entre os cidadãos. Assim, a lei deve ser geral e abstrata de modo que trate a todos da mesma maneira, sem levar em conta as distinções individualmente consideradas.

Garante a igualdade perante a lei, sendo voltada aos aplicadores das normas, os quais têm a função de aplicá-las de forma isonômicas aos casos concretos que lhes são apresentados. Nesse ponto, é possível que o julgador flexibilize a norma para conceder mutuamente o direito aos homens e às mulheres impossível de ser aplicado se mediante a visão estritamente legal da norma.

No entanto, ao analisar o princípio constitucional da isonomia, nota-se que este não se limita a instituir a igualdade formal, mormente, se preocupa em garantir uma isonomia real, também chamada de material. Exige uma atuação positiva do Estado para que promova a justiça social à medida que oferece igualdade real de oportunidades aos desiguais.

Portanto, quando se fala no princípio da isonomia, distingue-se duas vertentes do princípio, uma formal e outra material. A primeira cuida da previsão da isonomia na lei, enquanto a segunda, trata da aplicação isonômica desta, efetivando a igualdade entre os iguais e diminuindo a desigualdade entre os distintos.

É, nesse contexto, que se pode induzir a possibilidade de concessão do salário-maternidade ao homem, nos casos específicos em que a mãe estiver impossibilitada ou rejeitar o recebimento do benefício, em decorrência da relevância que este benefício traria na vida do pai e da criança.

Coaduna com o caráter material da Constituição e da Lei previdenciária que possibilita o emprego isonômico da legislação, levando em consideração o fim a que se destina, e não apenas a sua letra fria tendo em vista que o direito tutelado também beneficia a criança.

Sabiamente Martins (2007,p. 45) lembra Rui Barbosa (1952, p.32), quando reproduz a máxima:

A regra da igualdade consiste senão e aquinhoar desigualmente os desiguais, na medida em que sejam desiguais. Nessa desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. Tratar como desiguais a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.

Adicione-se a máxima supracitada, a lição de Holthe (2010,p.378) quando defende que para a efetivação da isonomia “essa máxima é insuficiente, sendo indispensável definirmos quais os critérios que podem ser utilizados para definirmos quem são os iguais e os desiguais e quais os tratamentos jurídicos diferenciados racionalmente justificáveis”.

Deve haver uma lógica entre a diferenciação adotada no tratamento e os interesses assegurados na Constituição. Assim, para analisar-se o caso de concessão do salário-maternidade ao pai deve ser levado em consideração que este assume o dever de cuidado do filho em condições iguais à mãe, ao mesmo tempo em que permanece a necessidade da criança.

Não obstante a igualdade seja prevista ao longo de toda a Constituição, devendo servir de base para formação de todo o ordenamento jurídico infraconstitucional, a Lei Maior previu igualdades específicas.

A preocupação em proteger o direito de igualdade entre homens e mulheres se dá em razão da discriminação de gênero, pelo que se estabelece o art,5º, I em que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. Visa atenuar, através deste dispositivo, a desigualdade histórica construída em razão do sexo, inclusive, no próprio ordenamento jurídico.

Para que se possa aplicar devidamente a igualdade material da lei, não se pode partir, apenas, da distinção biológica entre os sexos. Necessário se faz que se deslinde pela noção de gênero, o qual segundo Lira e Medrado (2000, p.145) “se refere ao sexo socialmente constituído, desnaturalizando, assim, prescrições e práticas sociais atribuídas e incorporadas por homens e mulheres ou que são consideradas como atributos masculinos e femininos.”

No entanto, atualmente, o gênero deve ser entendido sob uma visão analítica e não como entidade em si mesmo, tendo em vista que o gênero é mais amplo devendo abarcar todos os níveis de relação entre homens e mulheres.

Os direitos igualitários entre homens e mulheres, refletidos através do papel que o gênero apresenta perante a sociedade deve ser visto para fins de concessão do salário-maternidade com base na identidade subjetiva defendida por Scott *apud* Medrado (2000, p.149) quando versam sobre a atualização, por homens e mulheres, de sua identidade de gênero quando diz que, de forma concreta, “os homens e as mulheres reais não cumprem sempre, nem cumprem literalmente, os termos das prescrições de suas sociedades ou de nossas categorias analíticas”.

Desponta neste sentir, a inversão do valor maternal, historicamente atribuído a mulher, pela tendência crescente de certos pais para assumir a guarda do filho prestando-lhe a assistência que historicamente foi atribuída à mãe.

São em casos excepcionais, como os de falecimento da mãe ou impossibilidade de manter a guarda da criança, que merece ser aplicado o princípio da isonomia com fulcro na igualdade de gênero, combinado ainda com o princípio de proteção à criança.

3.2 HIPÓTESES DE CONCESSÃO DO SALÁRIO MATERNIDADE AO HOMEM: UMA VISÃO JURISPRUDENCIAL

O salário-maternidade ao homem encontra óbice para sua concessão, por meio da via administrativa através do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), sob a alegação de que a Legislação previdenciária não prevê o homem como beneficiário. Por isso, o provimento é negado fazendo com que os receosos pelo direito busquem o Poder Judiciário para analisar o caso concreto e, assim, obtenham justiça.

O trato dado pelo poder judiciário a concessão do salário maternidade ao homem é dado de acordo com o novo conceito de família dado por Baptista (2010, p.23):

A família- entendida como agente socializador do ser humano, núcleo natural e fundamental da sociedade- vem sofrendo modificações em sua definição e formas de constituição.

A realidade social nos obrigou a trazer uma nova concepção de família ao longo dos anos, desvinculando-se de seus paradigmas originários (casamento, sexo e procriação), para valorizar as relações de afetividade, carinho e amor.

Atualmente, vê-se a alteração na composição dos núcleos familiares, sobremaneira, da participação progressiva do homem na responsabilidade pela criação dos filhos, quando não assume a guarda da criança em detrimento da mãe. Essa nova realidade social não passa indiferente ao Judiciário, na medida em que lhe são apresentados casos inovadores para que sejam apreciados, a exemplo das decisões que vêm sendo proferidas pelos Tribunais brasileiros sobre a concessão do salário maternidade ao pai, em razão da impossibilidade do recebimento do benefício pela mãe.

No Brasil, o primeiro caso de concessão do salário-maternidade ao pai aconteceu na 5ª Subseção Judiciária do Estado de São Paulo em Campinas-SP em que o juiz Rafael Andrade de Margalho concedeu, em sede de medida cautelarem15/08/2012 no Juizado Especial Federal da 3ª Região o direito de receber o salário-maternidade por um período de cento e vinte dias custeado pelo INSS.

O pai/requerente alegou que o seu pedido de licença paternidade não foi acolhido pelo INSS, mesmo tendo comparecido pessoalmente para requerer o benefício e oferecido provas o bastante da qualidade de segurado perante a autarquia previdenciária.

Alegou, ainda que teve um breve relacionamento com a mãe da criança, sabendo, pouco tempo após o término do relacionamento, que ela estava grávida. Esta rejeitava a ideia, pois prejudicaria a carreira profissional, negando a criança desde a gravidez.

Aduziu também que convenceu a mãe da criança a ir morar na cidade de Presidente Venceslau-SP, na casa dos pais do requerente, onde lhe foi proporcionado atendimento pré-natal.

Após o nascimento da criança, a mãe retornou à Campinas e, a partir de então, não quis mais ver e amamentar a filha, deixando-a em completo abandono. Por tal motivo, o pai conseguiu a guarda da criança junto ao Setor de conciliação e Mediação da Comarca de Campinas em 17 de agosto de 2012.

O genitor confirmou a limitação financeira de cuidar da criança, pois o Estado impossibilitou a concessão da licença-paternidade nos moldes em que é concedida à gestante. Dessa forma, não consegue prestar a assistência necessária à filha por não dispor de tempo suficiente e nem condições econômicas de deixar de trabalhar para cuidar da criança. Diz ainda que não há berçários que aceitem crianças com menos de quatro meses.

Desprovido de meios para prestar assistência ao seu filho, pleiteou através da Defensoria Pública da União o benefício, com pedido de antecipação de tutela, devido a urgência necessária conforme preceitua o art. 273 do Código de Processo Civil.

Partindo do princípio da isonomia e da proteção à infância, o Juiz Federal inovou a jurisprudência no campo previdenciário deferindo o pedido de concessão do salário-maternidade ao pai, uma vez que a mãe abandonou a criança, e esta também é beneficiária direta do salário-maternidade.

Estabeleceu na sentença que a sua decisão foi pautada nos ditames constitucionais, no qual citou a igualdade de direitos entre homens e mulheres, conforme o art. 5º:

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.

A isonomia empregada em defesa da igualdade de gênero é princípio norteador da decisão de conceder o salário-maternidade ao pai quando a mãe expressamente renegar a criança ou em caso de morte. Nesse caso, quando a mãe estiver impossibilitada de receber o benefício, deverá o INSS concedê-lo em favor do pai.

Neste ponto, entende-se pela inovadora noção de família que se institui atualmente, em que o papel do homem e da mulher se equivalem em direitos e obrigações atinentes ao casal perante os filhos. Dessa forma, pelo tratamento isonômico, se estabelece uma igualdade de oportunidades e tratamento entre os dois sexos.

A sentença se baseou ainda pelo dever da família, da sociedade e do Estado em prover condições dignas de vida à criança. Assim, entende o caso segundo o art. 227 da Constituição Federal, que versa:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

Nota-se o dever de assistência mútua para o desenvolvimento da criança. Assim, a obrigação começa pela família como célula-mater da sociedade, se estende a esta quando impõe modelos sociais e o dever de solidariedade entre as pessoas, por fim, se atinge o Estado como entidade superior que provê as condições necessárias para o desenvolvimento da sociedade em geral, incluído neste ponto as crianças.

Ressalta o dever do Estado como provedor obrigatório da assistência ao desenvolvimento físico e mental da criança, sendo responsável por oferecer condições suficientes para que cresça dignamente, a salvo de toda condição de opressão. Isto posto, ressalta a importância da presença do pai na criação do filho, sobremaneira, nos primeiros meses de vida.

Entende que, embora não haja previsão legal permitindo ao homem receber o benefício, no caso concreto este desempenha papel semelhante ao da mulher, representando discriminação a não concessão do benefício nesses casos. Ainda, defende que o benefício não tem como finalidade exclusiva privilegiar a mãe, mas inclui a criança como beneficiária direta, elencando-o dentre os direitos sociais na Constituição Federal como direito fundamental da criança, como se mostra *in verbis*:

Atualmente não há uma Lei específica a tratar dos casos referentes à licença-maternidade para ser concedida ao pai, concedidos à mãe do recém nascido, o que não impede o julgador, primando-se pelos princípios e garantias fundamentais contidos na Constituição Federal, deferir a proteção à infância como um direito social, mormente porque, como ressaltado linhas o direito a ser tutelado em questão é da criança(CF/88, art.227).

Há de se ressaltar que, na ausência ou indesejável interesse da mãe em prestar os cuidados ao recém nascido, como no caso nos autos, estes devem ser prestados pelo pai e isto deve ser resguardado pelo Estado, principalmente nos casos semelhantes à situação proposta.

Semelhante a este julgado proferido pelo juiz Rafael Andrade de Margalho, no Distrito Federal, outro caso de concessão de salário-maternidade ao pai confirmou o entendimento jurisprudencial sobre a celeuma aqui posta como estudo.

O membro da Polícia Federal José Joaquim dos Santos após a morte da esposa decorrentes de complicações no parto, cerca de vinte dias após dar à luz a seu filho, teve indeferido administrativamente o pedido de concessão de licença-maternidade, junto a Coordenação de Recursos Humanos da Polícia Federal. Fundamentou a não concessão pela ausência de previsão legal expressa.

Dessa forma, foi impetrado Mandado de Segurança com pedido de liminar perante a 6ª Vara da Justiça Federal para pleitear judicialmente a concessão da licença-maternidade ao pai pela impossibilidade da mãe cuidar da criança (julgado número 6965-91.2012.4.01.3400).

A juíza Ivani Silva da Luz, acatou o pedido de liminar diante das provas de direito apresentadas e a urgência do pai em cuidar do filho recém-nascido, além de outra filha do casal de dez anos de idade.

Julgou no sentido de preservar os ditames constitucionais, mencionando na sentença que a licença maternidade é um direito social resguardado pelo art. 227 como dever do Estado de ativamente proporcionar o pleno desenvolvimento da criança. Neste sentido, defende que a família é base da sociedade e goza de proteção do Estado (art. 226, CF/88), alegando a isonomia entre o homem e a mulher na gestão da sociedade conjugal e na criação dos filhos.

Tratando sobre a isonomia, em especial, a que corrobora o direito de recebimento do salário-maternidade pelo pai, discorre sobre a devida interpretação da Constituição Federal e assim sentencia:

Evidente que o princípio da isonomia se refere a tratar desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades e, nesta senda, a diferença fisiológica entre homens e mulheres justifica a concessão de licença maternidade em prazo maior que a da licença paternidade. No entanto, a interpretação constitucional não pode ser literal, mas sistemática, conferindo a máxima eficácia aos direitos fundamentais nela previstos, mediante a ponderação dos interesses envolvidos. Embora não exista previsão legal e constitucional de licença paternidade nos moldes da licença maternidade, esta não deve ser negada ao genitor, ora impetrante, isto porque o fundamento deste direito é proporcionar à mãe período de tempo integral com a criança, possibilitando que sejam dispensados a ela todos os cuidados essenciais a sua sobrevivência e ao seu desenvolvimento.

Nesse caso, sobreleva-se, mais uma vez, a necessidade de assistência à criança atribuindo ao Estado o dever de garantir que, na falta de possibilidade dos cuidados da genitora, o pai possa lhe fazer às vezes assumindo para si responsabilidade sobre a criança.

Quando se trata das relações familiares e seus desdobramentos, inclusive da possibilidade de concessão do salário-maternidade ao homem, deve-se pautar pelo princípio do melhor interesse da criança propiciando as melhores condições para o seu desenvolvimento físico e psíquico.

Para concessão do benefício do salário-maternidade ao homem, além da igualdade entre homens e mulheres, os Tribunais primam pelos preceitos do Estatuto da Criança e do Adolescente de proteção integral da criança, colocando-a ao lado dos pais, como sujeitos de direitos sociais, civis e humanos, pelo que é justificável a concessão do benefício quando coloca a criança como destinatário principal da benfeitoria.

A isonomia entre homens e mulheres, bem como a proteção a criança, são primados constitucionais. A interpretação da legislação previdenciária que se afaste desses preceitos configura afronta a constitucionalidade da Lei, sendo passível de controle pelo magistrado.

Além do controle formal da formação da lei, deve-se ater ao controle material de constitucionalidade. Nas palavras de Bulos (2010, p.142) “a

inconstitucionalidade material das leis estão ligadas a ideia de “direito e de justiça que formam o coração do ordenamento jurídico pátrio”.

Assim, à medida que a igualdade entre o direito do pai em receber o benefício previdenciário pela simples falta de previsão legal do termo segurado, bem como à proteção à criança é violada pela impossibilidade de assistência a ser dada pelo pai, configura flagrante manifestação de inconstitucionalidade material da norma.

Nesse caso, permite-se que seja feito um controle de constitucionalidade repressivo e jurisdicional em que o juiz ou Tribunal, analisando o caso concreto atinentes aos interesses de autor e réu, pode deixar de aplicar a norma previdenciária que prevê o salário-maternidade ao caso em que está julgando, por entender que está contra a constituição.

Assim, culmina o presente estudo para o entendimento de que, mesmo diante da inexistência de previsão na legislação previdência garantindo ao pai a concessão do salário-maternidade, este deve ser concedido considerando-se que o direito em disputa se referente aos cuidados com a criança, bem como, a isonomia entre homens e mulheres com fulcro na igualdade de gênero.

Dessa forma, “o princípio da dignidade humana e da proteção à criança deve preponderar sobre o da “legalidade estrita” fazendo com que a norma constitucional alcance o seu sentido material, qual seja, oferecer a devida proteção a quem dela necessite.

CONCLUSÃO

O salário maternidade é um benefício previdenciário, previsto no art. 71 da Lei nº 8.213/91, com fim de beneficiar à segurada da previdência social

durante o tempo de afastamento do trabalho para cuidar do filho, recebendo o valor correspondente ao seu salário de contribuição.

Constatou-se que, embora inexista previsão legal estabelecendo a possibilidade de extensão do salário maternidade ao homem, este benefício deve ser entendido com fulcro no princípio da isonomia garantindo dessa forma a igualdade de gêneros através da efetivação do direito material previsto na Constituição Federal em que o homem e a mulher são iguais em direitos e deveres.

Dessa forma, diante da mudança na composição das famílias e do crescente papel do homem na responsabilidade de cuidar dos filhos, surgiu uma nova realidade social, em que o gênero não deve ser entendido apenas pela distinção biológica entre os sexos, mas pela função que o homem e a mulher desempenham na vida da criança.

A isonomia está previsto dentre os princípios que norteiam toda a Constituição, buscando estabelecer condições de igualdade entre as pessoas. No que atine a este estudo, infere-se do art. 5º, I que os homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações e, portanto, merecem igual tratamento da legislação previdenciária no que concerne ao recebimento do salário-maternidade quando o pai assume o dever de prestar assistência no lugar da mãe.

Como vem estabelecendo os julgados, não deve-se pautar, para fins de concessão do salário-maternidade ao pai, pela estrita legalidade da lei previdenciária que prevê o termo segurada para designar quem deve receber o benefício. A literalidade da lei, não reflete a materialidade da Constituição Federal, à medida que obsta a aplicação da isonomia no recebimento do benefício, bem como não corrobora a aplicação do princípio de proteção à criança, sendo passível, de controle pelo magistrado.

Dois julgados assumem notoriedade. O primeiro caso proposto trata de um pai que se viu obrigado a se afastar do emprego para cuidar do filho, já que a mãe abandonou a criança nos primeiros dias de vida. O Tribunal se baseou na necessidade do pai de cuidar do filho, já que não havia ninguém que o pudesse ajudar, e assim, julgou com base na Constituição entendendo pela efetivação dos princípios da dignidade humana e proteção da criança.

A outra decisão ocorreu no Distrito Federal em que o pai foi obrigado a entrar na justiça depois que sua esposa faleceu poucos dias após dá a luz. A licença-paternidade com a mesma duração da licença-maternidade foi negada administrativamente pelo setor de recursos humanos onde o homem trabalhava. O juiz deferiu o pedido visando a necessidade que o recém nascido e o outra criança filha do casal deveriam receber do pai, conforme os ditames constitucionais.

Infere-se a partir das decisões que o direito de assistência à criança também é um bem jurídico a ser tutelado com base no princípio da proteção à criança e no princípio da dignidade da pessoa humana, sendo dever do Estado, da família e da sociedade em geral proporcioná-la um desenvolvimento digno. Deve o Estado garantir ao pai condições suficientes para cuidar do filho, inclusive, permitindo uma interpretação diferenciada da norma para que a criança seja beneficiada, do contrário, seria uma violação a estes preceitos constitucionais.

Entende-se que ambos os genitores são responsáveis pela criança de forma isonômica, abdicando da interpretação literal da Lei para que se garanta a máxima eficácia dos direitos fundamentais, ponderando, sobremaneira, os interesses envolvidos da criança.

Infere-se como lição maior que, embora não haja previsão legal, não deve ser o direito ao salário maternidade negado ao pai, porque o principal fundamento é dispensar os cuidados essenciais ao desenvolvimento da criança, e por isso, o princípio da dignidade da pessoa humana e proteção à criança prevalece sobre o da estrita legalidade.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 6º Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

AMARO, Frederico Augusto di Trindade. **Direito Previdenciário Sistematizado**. Editora Juspodivm, 2010.

BARBOSA, Rui. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1956. P.32.

BAPTISTA, Sílvio Neves. **Manual de Direito de Família**. 2º Ed. Recife: Bagaço, 2010.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BULOS, UadiLâmmego. **Curso de Direito Constitucional**. 5º Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Brasília, DF: Senado Federal, 1991.

_____. DECRETO Nº 83.080 - DE 24 DE JANEIRO DE 1979. Brasília, DF: Senado Federal.

_____. Lei nº 10.421/2002, de 15 de julho de 2002. Brasília, DF: Senado Federal.

_____. Lei nº 10.406/ 2002, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Senado Federal.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em:
<http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>

DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro. **Curso de Direito Previdenciário**, Editora Método, 2008, página 197, *in fine*). Acessado em 15 de janeiro de 2013. Disponível em:<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,as-prestacoes-da-previdencia-social-e-sua-disciplina-legal,35770.html>

EDUARDO, Ítalo Romano, EDUARDO, Jeane Tavares Aragão. **Curso de Direito Previdenciário: Teoria, jurisprudência e Questões**. 7ªed. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2010.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p.654.

HOLTHE, Leo Van. **Direito Constitucional**. 6ª Ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

LAZZARI, João Batista, CASTRO, Carlos Alberto Pereira. **Curso elementar de Direito Previdenciário**. São Paulo: LRT, 2005.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. 24ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p.284.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 26ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NEIVERTH, Elisabeth Monica Hasse Becker, MANDALOZZO, Silvana Souza Netto. **A Licença-Maternidade E Sua Ampliação Facultativa**. 2009.P. 3.

Disponível em:

<http://www.trt9.jus.br/internet_base/pagina_geral.do?secao=31&pagina=Resumo%20Artigo%206%20da%20Revista%2063%20Vol.2%20de%202009> Acesso em: 14 de fevereiro de 2013.

PAULO, Vicente, ALEXANDRINHO, Marcelo. **Resumo de Direito Constitucional Descomplicado**. 4ªed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

PAVIONE, Lucas dos Santos. **Princípios da Previdência Social**. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/lucaspavione/2011/11/20/principios-da-previdencia-social/>> Acesso em 09 de dezembro de 2012.

RIBEIRO, Juliana de Oliveira Xavier. **Salário Maternidade**. Curitiba: Juruá, 2009, p.41

ROCHA, Daniel Machado, BALTAZAR, José Paulo. **Comentários à Lei de benefícios da previdência social: Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991**. 6ª ed Porto Alegre: Livraria do advogado. 2006, p.31.

SANCHEZ, Adilson, XAVIER, Victor Hugo. **Advocacia Previdenciária**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas. 2010, p.144.

SCOTT, Joan W. **Gênero: uma categoria útil para análise histórica**. V.20, n. 2 (jul/dez). Porto Alegre, p. 71-99.