



UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA

CAMPUS III

CENTRO DE HUMANIDADES

CURSO DE DIREITO

LIANA VIEIRA DA ROCHA GOUVEIA

**OS NOVOS CONTORNOS DO SALÁRIO-MATERNIDADE NO BRASIL: UMA
ANÁLISE ACERCA DO DIREITO PATERNO À EXTENSÃO DO BENEFÍCIO**

GUARABIRA

2016

LIANA VIEIRA DA ROCHA GOUVEIA

**OS NOVOS CONTORNOS DO SALÁRIO-MATERNIDADE NO BRASIL: UMA
ANÁLISE ACERCA DO DIREITO PATERNO À EXTENSÃO DO BENEFÍCIO**

Trabalho de Conclusão do Curso de
Direito da Universidade Estadual da
Paraíba, como requisito à obtenção do
título de Bacharel.

Área de concentração: Direito
Previdenciário

Orientador: Prof^a. Marccela Oliveira de
Alexandria Rique

GUARABIRA

2016

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

G719 Gouveia, Liana Vieira da Rocha
Os novos contornos do salário-maternidade no Brasil:
[manuscrito] : uma análise acerca do direito paterno à extensão do
benefício / Liana Vieira da Rocha Gouveia. - 2016.
32 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) -
Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Humanidades, 2016.
"Orientação: Marccela Oliveira de Alexandria Rique,
Departamento de ciências jurídicas".

1. Salário Maternidade. 2. Abandono Materno. 3. Princípios
Constitucionais. I. Título.

21. ed. CDD 331.21

GUARABIRA

2016

LIANA VIEIRA DA ROCHA GOUVEIA

OS NOVOS CONTORNOS DO SALÁRIO-MATERNIDADE NO BRASIL: UMA
ANÁLISE ACERCA DO DIREITO PATERNO À EXTENSÃO DO BENEFÍCIO

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação
em Direito da Universidade Estadual da
Paraíba, como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Área de concentração: Direito
Previdenciário

Aprovada em: 17/10/2016.

BANCA EXAMINADORA

Marcela Oliveira de Alexandria Rique

Prof. Marcela Oliveira de Alexandria Rique (Orientador)

Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

Thiago Maranhão Pereira Diniz Serrano

Prof. Thiago Maranhão Pereira Diniz Serrano

Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

Darlene S. Oliveira de Souza

Prof. Darlene Socorro Oliveira de Souza

Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

Aos meus pais, por todo o amor,
à Nileide Marques Gouveia (*in memoriam*) pelo
exemplo de força, persistência e coragem.

DEDICO.

AGRADECIMENTOS

À Deus que permitiu a concretização do meu sonho, sempre guiando os meus passos.

Aos meus pais, Marcelo Marques Gouveia e Eunaliana Vieira da Rocha Gouveia, pelo amor, força e dedicação, por acreditarem em mim incondicionalmente, por me ensinarem que educação é a verdadeira riqueza que um homem poder ter.

Aos meus irmãos, Marcelo e Eduardo pelo companheirismo.

A Ewerton, por todo o apoio, paciência e cumplicidade.

A minha orientadora Marcela Oliveira de Alexandria Rique pelo suporte e incentivo.

Aos meus colegas da Promotoria de Justiça de Alagoa Grande/PB e da 12ª Vara Federal de Guarabira/PB, agradeço o aprendizado e os bons momentos durante minha jornada enquanto estagiária.

Aos amigos que a turma 2012.1 me proporcionou, tornando mais agradáveis os dias acadêmicos.

Aos professores que compartilharam comigo conhecimento e experiências.

Agradeço a todos que contribuíram direta e indiretamente na minha formação.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	06
2.	EVOLUÇÃO HISTÓRICA E ASPECTOS LEGAIS.....	08
3.	A CONCEPÇÃO AMPLIATIVA DO CONCEITO DE FAMÍLIA	12
4.	EVOLUÇÃO LEGISLATIVA ACERCA DAS HIPÓTESES DE CONCESSÃO	14
5.	A EXTENSÃO DO SALÁRIO-MATERNIDADE AO SEGURADO DO SEXO MASCULINO EM OBSERVÂNCIA À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	16
6.	A CONCESSÃO DO SALÁRIO-MATERNIDADE FRENTE AO DIREITO À ISONOMIA	18
7.	RESPEITO AO PRINCÍPIO DA MÁXIMA EFETIVIDADE.....	21
8.	A POSSIBILIDADE JURÍDICA DO RECEBIMENTO DO SALÁRIO MATERNIDADE NA HIPÓTESE DE ABANDONO MATERNO DA CRIANÇA	23
9.	CONCLUSÃO.....	29
10.	REFERÊNCIAS	31

OS NOVOS CONTORNOS DO SALÁRIO-MATERNIDADE NO BRASIL: UMA ANÁLISE ACERCA DO DIREITO PATERNO À EXTENSÃO DO BENEFÍCIO

Liana Vieira da Rocha Gouveia¹

RESUMO

O presente artigo irá analisar a possibilidade jurídica da concessão do salário-maternidade ao pai segurado do Regime Geral de Previdência Social, que torna-se o único responsável pelo filho, em razão do abandono materno da criança nos primeiros meses de vida. Este estudo bibliográfico, será feito com fulcro nos valores e princípios constitucionais, bem como no sistema de proteção integral da criança, demonstrando a dupla função do benefício. Faremos referência ao primeiro julgado favorável ao tema, concedido pela Justiça Federal do Rio Grande Sul, demonstrando o atual posicionamento acerca da matéria.

Palavras-chave: salário-maternidade, abandono materno, princípios constitucionais.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo trata-se de uma análise jurídica acerca da possibilidade de concessão do benefício previdenciário salário-maternidade, ao pai segurado do Regime Geral de Previdência, responsável pela criação do filho em razão do abandono materno nos primeiros meses de vida da criança.

O salário-maternidade originariamente foi constituído com destinação à segurada trabalhadora, pelo prazo de 120 dias, em virtude do nascimento do filho, entretanto a ampliação do conceito de família à luz da Constituição Federal, bem como o reconhecimento do casamento entre casais homoafetivos, possibilitaram alterações na Lei 8.213/91, que passou a prever a concessão do benefício aos segurados homens, nas hipóteses de adoção e falecimento da segurada.

As alterações na legislação previdenciária demonstraram que a concepção da finalidade do salário-maternidade, também foi modificada, na medida em que houve a flexibilização da sua função. *A priori*, era percebido como devido unicamente à

¹ Aluna de Bacharelado em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba – Campus III

parturiente, mas atualmente prevalece o reconhecimento da função acauteladora da criança em razão da vulnerabilidade nos primeiros meses de vida.

A temática atualmente consiste em uma lacuna na legislação previdenciária brasileira, o que gera a multiplicação de demandas no judiciário, em virtude do indeferimento administrativo pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, prejudicando os segurados do Regime Geral de Previdência, devido à necessidade de atualização da lei a fim de suprir as necessidades de seus segurados.

A primeira decisão judicial concedendo o salário-maternidade no caso em apreço, foi proferida pela Justiça Federal do Rio Grande Sul, deferindo e reconhecendo a possibilidade jurídica da extensão do benefício a um segurado especial, que assumiu para si as responsabilidades com relação ao filho abandonado pela mãe nos primeiros meses de vida.

À luz do valor supremo da dignidade da pessoa humana, dos princípios da isonomia, da vedação ao retrocesso social, bem como da máxima efetividade dos direitos fundamentais, neste estudo bibliográfico, discorreremos sobre a necessidade de concessão do salário-maternidade em conformidade com os preceitos constitucionais sobre o tema.

Ademais, a Constituição Federal estabeleceu no *caput* do artigo 227, o sistema de proteção especial com prioridade absoluta, dos direitos da criança, determinando o dever do Estado e da família, de fornecer os meios necessários para a efetivação dos direitos da criança.

Este artigo, portanto, busca analisar a possibilidade de extensão do salário-maternidade, ao pai, que se tornou o único responsável pelo filho, em razão do abandono materno, à luz da Constituição Federal de 1988, com a finalidade de sanar a falta de regulamentação na legislação previdenciária, objetivando a efetivação do sistema de proteção integral da criança e dos direitos a ela assegurados no ordenamento jurídico.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA E ASPECTOS LEGAIS DO SALÁRIO-MATERNIDADE

A seguridade social foi instituída pela Constituição Federal de 1988, consiste em um sistema formado pela saúde, assistência social e previdência social, com a finalidade de proteger os brasileiros dos riscos sociais, Nestes termos, a seguridade social pode ser entendida da seguinte maneira:

A seguridade social pode ser conceituada como rede protetiva formada pelo Estado e por particulares, com contribuição de todos, incluindo parte dos beneficiários dos direitos, no sentido de estabelecer ações para o sustento de pessoas carentes, trabalhadores em geral e seus dependentes, providenciando a manutenção de um padrão mínimo de vida digna.
(IBRAHIM: 2015, pg. 05)

A previdência social é um direito social previsto no artigo 6º da Carta Magna, no Título II em que dispõe acerca dos direitos e garantias fundamentais. É classificada doutrinariamente como um direito fundamental de 2º dimensão, produto do constitucionalismo social que ocorreu na primeira década do século XX em um contexto marcado por desigualdades sociais latentes e por um momento efervescente de ideais que culminaram na declaração dos direitos sociais nas constituições, sobretudo na Constituição de Weimar de 1919 e a do México de 1917.

O neoinstitucionalismo, passou a exigir do Estado posição garantista no que concerne à efetivação dos direitos sociais, pois preconizava a efetividade da norma constitucional, mediante uma postura ativa estatal, buscou-se garantir condições dignas mínimas de existência, tornando exigíveis os direitos sociais, através de ações legais e materiais. Conforme Cunha aduz:

Os direitos sociais manifestam-se, assim, como verdadeiras condições de implementação do objeto primário da justiça social, que é, (...) a estrutura básica da sociedade, ou seja, a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social. E uma justiça social depende fundamentalmente de como se atribuem direitos e encargos e das oportunidades econômicas e condições sociais que existem nos vários setores da sociedade. Caracterizam-se os direitos sociais por outorgarem ao indivíduo as prestações sociais de que necessita para viver com dignidade, como saúde, educação, trabalho, assistência social, entre outras (...). (CUNHA:2012, p. 759.)

Nesse sentido, a previdência social prevista no *caput* do artigo 201 da Constituição Federal, é definida como um seguro regido por normas de direito

público, essencialmente contributivo, que disponibiliza benefícios e serviços aos segurados e seus dependentes.

No rol dos direitos sociais, a Constituição Federal salvaguarda a maternidade da trabalhadora, ao prever a licença-maternidade no artigo 7º, XVIII da Constituição Federal de 88, assegurando o afastamento do trabalho pelo prazo de cento e vinte dias, sem prejuízo do emprego e da sua remuneração. No entanto, a natureza da licença é essencialmente trabalhista, acarretando consequências no contrato de trabalho.

Contudo, o artigo 201 da Constituição Federal, estabeleceu em seus incisos os eventos que devem ser acautelados pela previdência social, são eles:

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 avançada;

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.

A lei 8.213/91 que trata do Regime Geral de Previdência Social, instituiu as regras do sistema previdenciário geral brasileiro, com fulcro nas determinações constitucionais.

Dessa maneira, devido à maternidade ser um evento previsto na Constituição, a ser coberto pela previdência social, foi instituído o benefício do salário-maternidade, no artigo 18, alínea “g” da Lei 8.213/91, *a priori* destinado às mulheres trabalhadoras em virtude do nascimento do filho.

O salário-maternidade tem previsão legal no artigo 71 da Lei 8.213/91 trata-se de um benefício previdenciário destinado às seguradas do Regime Geral de Previdência Social, com o objetivo de substituir a remuneração, devido ao nascimento do seu filho, bem como na adoção, protegendo a maternidade e a criança que necessita de cuidados especiais nos primeiros meses de vida.

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.

O benefício será devido pelo período de cento e vinte dias, com início na 28ª dia que antecede o parto, sendo este o fato gerador do salário-maternidade, data que deve ser o marco inicial do pagamento do benefício. No entanto, a duração do pagamento do benefício poderá em casos excepcionais em que exista risco de vida para a gestante ou para o bebê, atestado por junta médica, exceder a regra de 120 dias, alcançando os 148 dias.

É um benefício devido a todas as seguradas do regime geral de previdência social, segurada empregada, trabalhadora avulsa, empregada doméstica, segurada especial, contribuinte individual e segurada facultativa, inclusive, conforme determina o Regulamento da Previdência social em seu artigo 103, é devido o pagamento do salário-maternidade à segurada aposentada que retornar a atividade laborativa, hipótese vislumbrada nos casos de adoção.

O benefício poderá exigir período de carência como requisito para a sua concessão a depender da categoria da segurada. As seguradas empregada, trabalhadora avulsa e empregada doméstica, não necessitam comprovar carência, no entanto a contribuinte individual, segurada facultativa e especial deverão comprovar o período de 10 contribuições mensais antecedentes ao parto, cujo poderá ser reduzido no caso de eventual antecipação do nascimento, em número equivalente à antecipação do parto.

Ressalte-se que a segurada especial, demonstra o período de carência exigido pelo INSS, através da comprovação da realização de atividade laborativa descontínua rural ou pesqueira artesanal, no período correspondente aos 10 meses de carência, não sendo necessário o recolhimento de contribuições previdenciárias.

O requerimento do salário-maternidade deverá ser realizado dentro do prazo prescricional de cinco anos, tendo como marco inicial a data do parto.

O valor do benefício substitui a remuneração do beneficiário ante o seu afastamento das atividades laborativas, portanto não poderá ser inferior a um salário-mínimo. Entretanto não necessariamente importará no valor integral da remuneração, pois é calculado de acordo com o salário de contribuição, instituto que calcula e fixa o salário de benefício. Observa-se o que determina a lei 8.213/91 acerca dos valores do benefício:

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

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.

Outro aspecto relevante acerca das regras referentes ao salário-maternidade refere-se ao aborto. A instrução normativa do INSS 77/2015 prevê que haverá a concessão do benefício pelo período de 02 semanas em virtude de aborto não criminoso e no caso de natimorto:

Art. 343. O salário-maternidade é devido durante 120 (cento e vinte) dias, com início fixado em até 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data da ocorrência deste, exceto para as seguradas em período de manutenção da qualidade de segurado, para as quais o benefício será devido a partir do nascimento da criança, observado o disposto no § 7º deste artigo.

§ 4º Em caso de aborto não criminoso, comprovado mediante atestado médico com informação do CID específico, a segurada terá direito ao salário-maternidade correspondente a duas semanas.

§ 5º Tratando-se de parto antecipado ou não, ainda que ocorra parto de natimorto, este último comprovado mediante certidão de óbito, a segurada terá direito aos 120 (cento e vinte) dias previstos em lei, sem necessidade de avaliação médico-pericial pelo INSS.

Ressalte-se que o fato gerador para a concessão do benefício na hipótese do natimorto, bem como de aborto não criminoso, é o parto, consistindo no marco inicial para o pagamento do salário-maternidade.

Entretanto, existe uma lacuna na lei acerca das hipóteses de concessão do benefício, qual seja, a ausência de extensão do pagamento ao pai da criança, que assumiu as responsabilidades pela criação do mesmo, devido ao abandono maternal.

Nesse contexto, é latente a necessidade de readequação do sistema previdenciário brasileiro, especificamente no que se refere a concessão do salário-maternidade, com vistas a atender situação ainda não coberta pela legislação

previdenciária. Omissão alvo de eminente julgado que concedeu o benefício frente à lacuna legislativa acerca da matéria em questão.

Analisaremos a possibilidade jurídica da extensão do pagamento do benefício ao pai da criança à luz dos princípios e disposições constitucionais, bem como do sistema protetivo da criança.

3. A CONCEPÇÃO AMPLIATIVA DO CONCEITO DE FAMÍLIA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A proteção da família está insculpida na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, assegurando que a instituição familiar é a base da sociedade, devendo o Estado conferir-lhe especial proteção.

No entanto, durante anos somente havia sido reconhecida como entidade familiar o casamento ou a união estável, conforme prevê o artigo 1.723 do Código de Civil de 2002, compostos por pessoas do mesmo sexo, o que gerou a marginalização jurídica das famílias compostas por casais homoafetivos, bem como as mais diversas composições familiares existentes no país.

Buscando superar a disposição contida no mencionado artigo, foi proposta a Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 4277, requerendo o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar. Seu julgamento ocorrido em 05 de maio de 2011 representou um incomensurável avanço para a proteção dos direitos sociais dos brasileiros:

TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SOCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão família, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil, ou liturgia religiosa. (...) Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. (...) imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família. (...) avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o texto magno, na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa

pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. (pg. 613).

Invocando o respeito à isonomia na fundamentação de seu voto, cerne principiológico que rege a Constituição Federal de 1988, a ministra Cármen Lúcia lecionou:

A escolha da vida em comum com quem quer que seja não pode ser desigualado em sua cidadania. Ninguém pode ser tido como cidadão de segunda classe porque, como ser humano, não aquiesceu em adotar modelo de vida não coerente com o que a maioria tenha como certo ou legítimo. E a igual cidadania é direito fundamental posta na própria estrutura do Estado Democrático de Direito (...). Seria desse indagar se qualquer forma de preconceito poderia acanhar a cidadania de quem, por razões de afeto e opções de vida segundo o que sentir, resolvesse adotar modo de convivência estável com outro que não o figurino tido como “o comum.”

A consagração do novel entendimento do Supremo Tribunal Federal, culminou no reconhecimento da União Homoafetiva enquanto família, rejeitando as determinações preconceituosas explicitadas na redação do artigo 1.723 do Código Civil, determinando que o citado artigo seja interpretado conforme à Constituição Federal para excluir do dispositivo em causa, qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família.

Ademais, a concepção constitucional da instituição familiar foi essencialmente modificada no sentido de desconstruir a visão tradicional da composição familiar formada pela tríade pai, mãe e filhos. Atualmente tem-se reconhecido as mais diversas formas de unidades familiares, conforme preleciona Cunha:

(...) A Constituição Federal de 1988 consagrou uma pluralidade de modelos de entidades familiares. Explicitamente fala da entidade familiar constituída por (1) pessoas casadas (2) pelo homem e pela mulher em união estável e (3) por qualquer dos pais e seus descendentes (família monoparental). Contudo, os modelos de entidades familiares explicitamente previstos na Constituição de 1988 não são taxativos, na medida em que podemos considerar, à luz dos valores normatizados pelo Texto Magno, que são entidades familiares todo núcleo humano baseado na afetividade, estabilidade, seriedade, publicidade e no propósito de constituir família. Em virtude disto, fala-se atualmente, não num Direito de família, mas num Direito das famílias. (CUNHA: 2012, pg. 1.336).

Embora ainda não haja previsão legal, acautelando as novas composições de unidades familiares, a Constituição Federal abarca em seu artigo 226, as plurais famílias brasileiras, pelo que, houve o reconhecimento da da família socioafetiva e anaparental.

As novas concepções de família refletiram diretamente na previdência social, visto que, é um direito social voltado para atender os segurados e seus dependentes na ocorrência dos riscos sociais os quais há a necessidade de amparo.

O pagamento dos benefícios previdenciários, assegura a sobrevivência dos beneficiários e dependentes nos infortúnios da vida, sendo essenciais para garantir a manutenção das necessidades da família.

4. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA ACERCA DAS HIPÓTESES DE CONCESSÃO DO SALÁRIO-MATERNIDADE

Originariamente destinado às mulheres trabalhadoras em virtude do nascimento do filho, o salário-maternidade historicamente foi criado, *a priori*, com destinação específica às seguradas do Regime Geral de Previdência social, que com a maternidade necessitavam se afastar do trabalho em razão da necessidade de cuidados de saúde no pós-parto, bem como para garantir a assistência ao recém-nascido.

Entretanto, a evolução social teceu ao longo dos anos modificações sociais, cujas refletem no mundo jurídico, exigindo deste, posicionamentos que se coadunem com as necessidades prementes a fim de evitar o engessamento do ordenamento jurídico, na medida em que é imperioso estabelecer regras que aproximem a legislação pátria da realidade fática dos jurisdicionados.

Nesse diapasão, o salário-maternidade, sofreu alterações na sua destinação originária, pois a concepção atual preconiza às evoluções no conceito de família na sociedade moderna.

A lei 12.873/13 alterou a lei 8.213/91 trazendo modificações no salário-maternidade que passou a ser devido também no caso de adoção. De acordo com o artigo 71-A, o benefício será devido ao segurado ou segurada, em respeito ao direito à isonomia, pelo prazo de 120 dias, em caso de adoção ou obtenção da guarda para fins de adoção.

Em previsão muito louvável, o artigo 71-A da Lei 8.213/91 passa a assegurar, de forma expressa, o benefício a homens e mulheres. Como já havia se posicionado a doutrina e, posteriormente, o judiciário, a restrição a mulheres, na hipótese de adoção, configuraria flagrante violação à isonomia, especialmente nas situações de adoção monoparental masculina. Felizmente, tal aspecto resta superado. (IBRAHIM: 2015, pg. 659)

A nova redação do mencionado dispositivo legal inovou no prazo de concessão do benefício, que passou a ser devido por 120 dias, independentemente da idade do adotando, pois havia na antiga redação do artigo 71-A previsão de prazos de concessão diferentes, que variavam de acordo com a idade da criança.

A nova interpretação ampliativa da família à luz da Constituição Federal de 88, proporcionou as modificações na lei previdenciária, passando a conceder o benefício ao segurado do sexo masculino na adoção:

Art. 71-A. Ao segurado ou segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança é devido salário-maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias.

§ 1º O salário-maternidade de que trata este artigo será pago diretamente pela Previdência Social.

§ 2º Ressalvado o pagamento do salário-maternidade à mãe biológica e o disposto no art. 71-B, não poderá ser concedido o benefício a mais de um segurado, decorrente do mesmo processo de adoção ou guarda, ainda que os cônjuges ou companheiros estejam submetidos a Regime Próprio de Previdência Social.

Ademais, a Lei 12.873/13 inseriu o art. 71-B na Lei 8.213/91, passando a prever a concessão do benefício ao cônjuge ou companheiro segurado ante o falecimento da segurada/segurado que tiver direito ao recebimento do salário-maternidade:

Art. 71-B. No caso de falecimento da segurada ou segurado que fizer jus ao recebimento do salário-maternidade, o benefício será pago, por todo o período ou pelo tempo restante a que teria direito, ao cônjuge ou companheiro sobrevivente que tenha a qualidade de segurado, exceto no caso do falecimento do filho ou de seu abandono, observadas as normas aplicáveis ao salário maternidade.

Desse modo, a legislação previdenciária passou a ser devido ao cônjuge sobrevivente que mantenha a qualidade de segurado por todo o período do benefício ou pelo restante a que teria direito o cônjuge falecido. Kertzman afirma:

Esta redação deixa claro que o homem passa a ter direito ao salário-maternidade também em caso de morte da mulher no parto ou durante o gozo do salário-maternidade, desde que ele seja segurado do RGPS e mantenha esta qualidade. A lei faz alusão também ao pagamento para mulher em caso de morte do homem, somente sendo isso possível em caso de falecimento do homem adotante. Vejam que § 3º, do art. 71- B, da Lei 8.213/91 dispõe que se aplica o salário-maternidade em caso de falecimento do segurado para quem adotar ou obtiver guarda judicial para

fins de adoção. Assim, o cônjuge ou companheiro do adotante, passa a ter direito ao gozo deste benefício. (KERTZMAN: 2015, pg. 410).

Outrossim, a concessão do benefício evoluiu quanto a sua concessão ao estender o pagamento do salário-maternidade no caso de adoção, ao homem segurado do RGPS que mantenha relação homoafetiva.

A concessão do salário-maternidade ao segurado em relação homoafetiva deve-se ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277, bem como à Ação de Descumprimento de Preceito Constitucional 132, cujos representam relevante avanço para o ordenamento jurídico brasileiro, ao conferir tratamento isonômico a instituição familiar composta por casais homoafetivos:

considerando o objetivo fundamental da República de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça. Sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (cf, art. 3º, IV) que o reconhecimento do direito à busca da felicidade, enquanto idéia-força que emana, diretamente, do postulado constitucional da dignidade da pessoa humana, autoriza, presente o contexto em exame, o rompimento dos obstáculos que impedem a pretendida qualificação da união civil homossexual como entidade familiar. (ADI. 4.277/DF, p. 861)

A Lei 12.873/13 trouxe louváveis modificações para a legislação previdenciária, na medida em que as hipóteses de concessão do benefício foram consideravelmente ampliadas. No entanto, ainda existe lacuna na lei 8.213/91 acerca da extensão do salário-maternidade ao pai, segurado do RGPS, na hipótese de abandono da criança pela mãe.

É acerca dessa questão que iremos no debruçar ao longo desse trabalho, analisando a possibilidade jurídica da extensão do benefício, à luz do direito constitucionais à isonomia e a dignidade da pessoa humana, bem como em conformidade com o sistema de proteção integral da criança instituído pela Constituição Federal de 1988.

5. A EXTENSÃO DO SALÁRIO-MATERNIDADE AO SEGURADO DO SEXO MASCULINO EM OBSERVÂNCIA À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, previsto no inciso III, artigo 1º da Constituição Federal de 1988, deve ser percebida como um valor que norteia os direitos fundamentais e rege o ordenamento jurídico pátrio. Barroso conceitua:

O princípio da dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios que se pode considerar incorporado ao patrimônio da humanidade, sem prejuízo da persistência de violações cotidianas ao seu conteúdo. Dele se extrai o sentido mais nuclear dos direitos fundamentais, para tutela da liberdade, da igualdade e para a promoção da justiça. No seu âmbito se inclui a proteção do mínimo existencial", locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute dos direitos em geral. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade. (BARROSO: 2013, pg 250)

Cunha leciona acerca da importância da dignidade humana como valor consagrado no texto constitucional:

Consagrada expressamente no inciso III do art. 1.º da Constituição brasileira de 1988, a dignidade da pessoa humana desempenha um papel de proeminência entre os fundamentos do Estado brasileiro. Núcleo axiológico do constitucionalismo contemporâneo, a dignidade é considerada o valor constitucional supremo e, enquanto tal, deve servir, não apenas como razão para a decisão de casos concretos, mas principalmente como diretriz para a elaboração, interpretação e aplicação das normas que compõem a ordem jurídica em geral, e o sistema de direitos fundamentais, em particular. (NOVELINO: 2014).

A Constituição Federal atribui relevante destaque para a dignidade da pessoa humana, uma vez que os princípios constitucionais fundamenta-se neste valor. Originariamente foi objeto de estudo da ética e da filosofia, passando a ser para o direito, sobretudo a partir do século XX, um valor, com a finalidade de repelir violações à dignidade do homem, tão facilmente verificadas na história da humanidade.

A intenção específica da consagração de um conjunto de direitos fundamentais é explicitar uma ideia de ser humano, manifestada juridicamente no princípio da dignidade da pessoa humana. Esta se constitui na referência valorativa de todos os direitos fundamentais, delimitando, desse modo, o âmbito de sua matéria. Os direitos fundamentais constituem um sistema estruturado em referência a esse valor que os fundamenta.(NOVELINO:2014)

A dignidade da pessoa humana busca minimizar as desigualdades perpetuadas na nossa sociedade, através da propagação do respeito ao ser humano independentemente de raça, sexo, origem, ou qualquer outro atributo.

Esse valor implica em múltiplas consequências para o direito, de modo que não somente assegura os direitos e garantias fundamentais positivados no texto Constitucional, como também torna exigível perante o Estado, condições que proporcionem o mínimo existencial para a vida com dignidade e plenitude. Na

ausência destas condições, Barroso, destaca o papel interpretativo da dignidade da pessoa humana:

O outro papel da dignidade da pessoa humana é o interpretativo (...) nos casos envolvendo lacunas no ordenamento jurídico, ambiguidades no direito, colisões entre direitos fundamentais e tensões entre direitos e metas coletivas, a dignidade humana pode ser uma bússola na busca da melhor solução. Mais ainda, qualquer lei que viole a dignidade, seja em abstrato ou em concreto, será nula. (BARROSO: 2013 p.66).

A legislação, diante da rapidez com que as relações sociais se transformam, deixa de prever situações que merecem atenção. É o que ocorre na lacuna legislativa acerca da concessão do salário-maternidade ao segurado responsável pelo filho diante do abandono maternal. Mas a ausência da lei não pode suprimir direitos constitucionalmente previstos. Nesse sentido, Novellino aduz:

O dever de promoção impõe a adoção de medidas que possibilitem o acesso aos bens e utilidades indispensáveis a uma vida digna. Ligada à igualdade material, esta acepção exige uma atuação positiva dos poderes públicos, no sentido de fornecer prestações materiais (saúde, educação, moradia, lazer, trabalho, assistência e previdência social...) e jurídicas (elaboração de leis, assistência judiciária, segurança pública...). A dignidade, nesse sentido, atua como um princípio que tem como núcleo o mínimo existencial. (NOVELINO:2014)

Entretanto, a dignidade da pessoa humana enquanto valor a ser observado, na aplicação dos direitos fundamentais, permite que seja concedido o benefício na situação exposta, mesmo na falta de previsão legal. O Estado não pode esquivar-se de promover ações positivas para tutelar os direitos do pai, enquanto único responsável pela criação do filho, e da criança, para assegurar-lhe os cuidados necessários ao seu desenvolvimento nos primeiros meses de vida.

6. A CONCESSÃO DO SALÁRIO-MATERNIDADE FRENTE AO DIREITO CONSTITUCIONAL À ISONOMIA

A Constituição Federal em seu artigo 5º, *caput*, consagra o direito à isonomia ao prever que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. É um princípio que exige do aplicador da norma, ponderação, comparação e interpretação conforme a Carta Magna na análise da norma objeto da verificação da ocorrência de desigualdade.

O direito à isonomia é compreendido sobre duas vertentes, a igualdade perante a lei, ou formal, bem como a igualdade na lei, também conhecida como igualdade material.

A igualdade formal consiste na vedação de discriminações na legislação brasileira, ressalvadas as exceções determinadas na Constituição, com vistas a abolir posicionamentos discriminatórios que promovam a desigualdade. Nesse sentido, a igualdade formal vincula os poderes públicos, sobretudo o legislativo, no momento da criação da norma legal, bem como na sua aplicação.

A igualdade formal é enfatizada na Constituição em diversos dispositivos:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

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;

Art. 5º, XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

III - criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si.

A igualdade material advém do pensamento Aristotélico determinando que os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais desigualmente, sendo percebida na Constituição, a partir do estabelecimento de critérios tais como gênero, idade, hipossuficiência econômica, com vistas a justificar o tratamento desigual nas situações em que se fizer necessário.

Entretanto, a proclamação do respeito à isonomia, acarretou a inércia do Estado, que se bastou na declaração do direito a igualdade, tendo como consequência a ausência de diminuição da desigualdade social.

A sociedade liberal-capitalista ocidental tem como uma de suas ideias-chave a noção de neutralidade estatal, que se expressa de diversas maneiras: não intervenção em matéria econômica, no domínio espiritual e na esfera íntima das pessoas. No campo do Direito, tais ideias tiveram e continuam a ter consequências relevantes, especialmente no que diz respeito à postura do Estado em relação aos diversos grupos componentes da Nação, bem como no que concerne à interação desses grupos entre si. (...) Na maioria das nações pluriétnicas e pluriconfessionais, o abstencionismo estatal se traduziu na crença de que a mera introdução nas respectivas Constituições de princípios e regras asseguradoras de uma

igualdade formal perante a lei de todos os grupos étnicos componentes da Nação, seria suficiente para garantir a existência de sociedades harmônicas, onde seriam assegurados a todos independentemente de raça, credo, gênero ou origem nacional, efetiva igualdade de acesso ao bem-estar individual e coletivo. (GOMES: 2001, p. 36)

Apenas a declaração da igualdade na lei é insuficiente para efetivação da diminuição das desigualdades sociais, é preciso ações afirmativas que condicionem a efetivação da igualdade material, nesse sentido, Cunha leciona que:

(...) a Constituição Federal de 1988 não se contentou com a igualdade formal. Foi mais além, para também consagrar a igualdade material, na medida em que elegeu como objetivo fundamental do Estado erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art.3º II); como finalidade da ordem econômica assegurar a todos existência digna, conforme ditames da justiça social (art. 170) e como objetivo da ordem social o bem estar e a justiça sociais (art. 193). Nesse passo, a Constituição preocupou-se em garantir a todos igualdade de oportunidades, abrindo um espaço especial para a adoção de ações afirmativas, que consistem num conjunto de medidas administrativas e legislativas de política pública que visam compensar desigualdades históricas decorrentes da marginalização social. (CUNHA:2012, p.701)

A igualdade material, ou igualdade perante a lei, confere efetividade à igualdade formal, pois tem a finalidade de promover a justiça social, exigindo condições afirmativas do Estado com a finalidade de gerar oportunidades aos desfavorecidos. Nesse sentido, esclarecendo os direitos que necessitam de prestações materiais, Mendes afirma que:

Podem ser extraídos exemplos de direitos a prestação material dos direitos sociais enumerados no artigo 6º da Constituição – o direito à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade, à infância e os direitos dos desamparados à assistência. (MENDES: 2012, p. 183).

O direito a concessão do salário-maternidade ao segurado do Regime Geral de Previdência, único responsável pelos cuidados da criança frente ao abandono maternal, está em harmonia com o direito à isonomia. A ausência da norma legal acerca da matéria, permite que a legislação previdenciária seja interpretada de maneira ampliativa pelo aplicador da lei e conforme o direito constitucional da isonomia, estendendo ao pai o direito ao benefício.

O recebimento do salário-maternidade garante o afastamento remunerado das atividades laborativas do tutor da criança nos primeiros meses de vida,

assegurando os cuidados e atenção necessários à criança independentemente do sexo de seu responsável.

O pai inserido na situação descrita, não deve ser desamparado em virtude de uma lacuna legislativa, sendo medida imperiosa a promoção da discriminação positiva com vistas a sanar a ausência de previsão legal, concedendo o benefício exclusivamente ao pai responsável pelo provimento e criação da criança durante os 120 dias previstos no artigo 71 da lei 8.213/91.

7. RESPEITO AO PRINCÍPIO DA MÁXIMA EFETIVIDADE E VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL NA CONCESSÃO DO SALÁRIO-MATERNIDADE

Os princípios constitucionais informam o sistema constitucional e o ordenamento jurídico, e são compreendidos, conforme Cunha, como verdadeiras normas jurídicas operantes e vinculantes, que todos os órgãos encarregados de criar e aplicar o Direito devem ter em conta e por referência. (2012, pg.535)

Os princípios de interpretação constitucional, diferem dos princípios constitucionais, pois têm natureza instrumental, tratando-se de mecanismos de interpretação do texto da constituição com a finalidade de auxiliar o intérprete na aplicação das normas constitucionais.

A hermenêutica constitucional embora tenha como objeto o texto constitucional, reflete diretamente nas normas infraconstitucionais, pois, conforme Gilmar Mendes afirma, a interpretação constitucional tende a acarretar impacto sobre todo o direito positivo do Estado, já que é a Constituição a norma suprema em uma comunidade e a fonte de legitimidade formal de toda a sua ordem jurídica. Nesse diapasão Gonçalves aduz:

A noção de “filtragem constitucional” é um referencial, na medida em que não há como trabalhar um texto normativo apartado e desvinculado da normatividade constitucional. Assim sendo, toda hermenêutica (jurídica) só pode ser por definição Hermenêutica Constitucional (ainda que hajam algumas diferenças entre as normas infraconstitucionais e as normas constitucionais que não podem ser olvidadas). (GONÇALVES: 2011, pg. 169)

E, lecionando sobre a relevância da interpretação constitucional para a compreensão das normas infra legais, Cunha arremata que as normas constitucionais ocupam o vértice de todo o sistema jurídico, subordinando todas as

normas legais e condicionando a própria interpretação do direito infraconstitucional. (2012, pg.204).

À luz do princípio interpretativo da máxima efetividade, o aplicador do direito deve conferir efetividade à norma constitucional. Este princípio tem grande incidência no que tange aos direitos fundamentais, uma vez que busca a efetividade social:

Ligado originariamente à tese da atualidade das normas programáticas, atualmente este postulado – também conhecido como princípio da interpretação efetiva ou da eficiência – é invocado no âmbito dos direitos fundamentais, impondo-lhes seja atribuído o sentido que confira a maior efetividade possível, visando à realização concreta de sua função social. Efetividade, nesse sentido, atua como um quarto plano da norma – ao lado da existência, da validade e da eficácia –, significando a realização do Direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados. Simboliza a efetividade, portanto, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social. (NOVELINO: 2014)

A previdência social é um direito fundamental, mais especificamente um direito social, devendo ser aplicado ao seu conteúdo o princípio da máxima efetividade, objetivando tornar possível a plenitude do exercício desses direitos.

No caso da extensão do salário-maternidade ao pai da criança abandonada pela mãe, sua concessão está atrelada ao princípio da máxima efetividade, de modo que deve ser realizada uma interpretação ampla da norma constitucional e conseqüentemente da norma infraconstitucional, com o propósito de assegurar a proteção da criança e sua existência digna, bem como o dever do pai de fornecer os meios para tornar possível a efetivação desses direitos.

No que concerne aos princípios de interpretação dos direitos sociais, temos a vedação do retrocesso social. Os direitos fundamentais têm grande relevância, pois garantem a existência digna dos indivíduos, assim a positivação dos direitos sociais na Constituição consiste no mínimo de proteção, em razão da necessidade constante de efetivação e proteção de seu conteúdo.

Com vistas a assegurar uma postura confirmativa dos direitos sociais, bem como a vedação a eliminação do esvaziamento do conteúdos desses direitos, a doutrina consagrou o princípio da vedação ao retrocesso social.

O princípio impede a limitação dos direitos fundamentais, na medida em que vincula o legislador e o intérprete aos preceitos constitucionais de modo que impõe-se a vedação da supressão ou esvaziamento do conteúdo desses direitos, sem que, ao menos seja efetivado um mecanismo equivalente:

Essa proteção dos Direitos constitui um poderoso limite jurídico da liberdade de conformação do legislador e, simultaneamente, uma obrigação de realização de uma política consentânea com os Direitos, visando sempre ao bem-estar de todos, de sorte que o núcleo essencial dos Direitos “deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples desse núcleo essencial”. (CUNHA: 2014).

Assim a vedação retrocesso, sustenta a possibilidade da extensão do salário-maternidade ao pai, pois tal princípio busca a redução das desigualdades sociais bem como garante o objetivo da construção de uma sociedade solidária fundamentada na justiça social.

O salário-maternidade tem previsão na legislação previdenciária, bem como há a precedência da fonte de custeio. Ademais, há previsão da concessão do benefício aos segurados homens do Regime Geral da Previdência Social, não sendo juridicamente justificável a negativa no caso em apreço.

É necessário que o intérprete busque a melhor interpretação da Constituição Federal, de modo a permitir a melhor solução no sentido de efetivar, dentro das possibilidades jurídicas, os direitos fundamentais.

8. A POSSIBILIDADE JURÍDICA DO RECEBIMENTO DO SALÁRIO-MATERNIDADE NA HIPÓTESE DE ABANDONO MATERNO DA CRIANÇA

Analisar a possibilidade jurídica da concessão do salário-maternidade ao segurado do Regime Geral de Previdência Social que assumiu a responsabilidade pela criação do filho, em razão do abandono materno, à luz da Constituição Federal de 1988, dos princípios constitucionais e do sistema protetivo da criança, discorrendo acerca dos fundamentos jurídicos cabíveis ao caso, é fundamental na busca pela efetivação de um direito ainda não previsto na legislação previdenciária, mas que urge ser reconhecido frente aos prejuízos que a negativa do benefício acarretam para o segurado e para a criança.

Primeiramente discorreremos sobre as previsões constitucionais acerca da matéria, para em seguida compreendermos o sistema de proteção à criança e por fim visualizarmos através de um julgado da Justiça Federal do Rio Grande do Sul, a

viabilidade jurídica da concessão do salário-maternidade ao segurado inserido na problemática em questão.

A Constituição Federal de 1988 conferiu especial tratamento à criança, tornando-a destinatária de um rol de direitos fundamentais, assegurando absoluta prioridade na efetivação desses direitos. Essa proteção é observada no *caput* do artigo 227:

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.

Ademais, o artigo 229 da CRFB designa às figuras paterna e materna a tutela da criança, determinando que ambos têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores.

Nesse diapasão, é notório o dever de proteção da criança por parte do Estado, na medida em que o rol de direitos previsto no artigo 227, consiste em direitos sociais de titularidade da criança e do adolescente, exigíveis perante o Estado através de prestações materiais ou jurídicas:

Os direitos sociais, na qualidade de direitos fundamentais, possuem uma dimensão subjetiva, conferindo aos cidadãos o direito de exigir do Estado determinadas prestações materiais. As diretrizes e os programas de ação traçados por uma Constituição rígida são vinculantes e obrigatórios e não meros conselhos ou exortações morais para o legislador. (NOVELINO:2014)

Nesse contexto, foi instituída a Lei 8.069/90, mais conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente, reafirmando a necessidade de garantir-lhes uma existência digna:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição

econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

A legislação previdenciária, com a instituição do salário-maternidade, tutelou os direitos sociais da criança, uma vez que o beneficiário detém condições financeiras e disponibilidade de tempo para o provimento dos cuidados necessários para a garantia, nos primeiros meses de vida do filho, do seu desenvolvimento com plenitude.

O ordenamento jurídico pátrio não dispunha acerca da extensão do benefício na hipótese de adoção realizada por segurada ou segurado, nem no caso de morte da parturiente, o que implicava na multiplicação de demandas no judiciário, solucionadas com fundamento na hermenêutica Constitucional, cuja, à luz dos princípios constitucionais, favoreceu a interpretação ampliativa da norma previdenciária, objetivando assegurar a efetividade dos direitos da criança.

A multiplicação das decisões favoráveis à concessão do benefício aos homens refletiu a necessidade de adequação da legislação previdenciária às necessidades dos segurados, o que culminou com a edição da Lei 12.873/13, que ampliou as hipóteses de cabimento do salário-maternidade.

As alterações na concessão do benefício do salário-maternidade ao segurado do sexo masculino representam importante avanço na legislação previdenciária brasileira. A ampliação das hipóteses de cabimento da concessão do benefício aos segurados na adoção ou obtenção de guarda judicial, como também ao cônjuge segurado sobrevivente, em razão do falecimento da genitora, demonstram a efetivação do entendimento de que o benefício tem, sobretudo, a finalidade de proteger a criança.

Tais alterações são resultado de diversos julgados, fundamentados na Constituição Federal, que passaram a conceder o benefício do salário-maternidade diante das situações omissas pela legislação previdenciária, mas que se faziam presentes na realidade fática dos jurisdicionados. A evolução jurisprudencial tornou possível as alterações na lei 8.213/91.

Entretanto, a legislação previdenciária ainda não tratou acerca da concessão do benefício ao homem segurado, que toma para si a responsabilidade na criação do filho, em razão do abandono da parturiente, situação cada vez mais frequente na realidade dos brasileiros e que carece de regulamentação legal.

Nesse esteio, a primeira decisão concedendo o salário-maternidade no caso em apreço, foi proferida na 1ª Vara Federal de Santa Maria, RS, pela juíza Andreia Momolli, ao julgar procedente o pleito de um segurado especial que havia tido o benefício negado administrativamente pelo INSS. A decisão reconhece a plúrima finalidade do benefício:

(...) O benefício de salário-maternidade previsto pela Lei 8.213/91, em consonância com todos os objetivos, garantias, direitos e políticas impressos na Constituição Federal e no ECA, ao proteger a maternidade, tem dupla função. Além do resguardo à parturiente, objetiva acautelar a criança e o atendimento a todo o conjunto de suas necessidades nos primeiros meses de vida. Conseqüentemente, para observar esse segundo viés, na ausência da parturiente, a pessoa que se responsabilizar pelos cuidados de recém nascido deverá se beneficiar do salário-maternidade.

Negar a concessão do salário-maternidade ao genitor, cujo assumiu sozinho toda a responsabilidade na criação do filho, diante do abandono materno, viola a dignidade da pessoa humana, posto que este valor constitucional fundamenta o sistema de proteção integral da criança, devendo a legislação previdenciária respeitá-lo, impedindo que hajam violações aos direitos da criança. Mello adverte acerca das violações à dignidade da pessoa humana:

Os princípios que permeiam a dignidade da pessoa humana estão financiados no rol dos direitos da personalidade, bem como ancorados no rol de direitos fundamentais, de tal sorte que, caso ocorra (des) respeito pela vida, pela integridade psicofísica, pela moral, ou imagem do ser humano, ou suas condições mínimas de existência sejam violadas, estar-se-á diante da violação da dignidade da pessoa humana. (MELLO: 2015, p. 100)

Negar a concessão do salário-maternidade ao genitor na perspectiva do abandono maternal da criança, é ir de encontro a todo um sistema protetivo instituído para assegurar a existência plena da criança, conforme o entendimento da juíza Momolli:

Atuar orientado pela dignidade da pessoa humana, pretendendo construir uma sociedade justa, promovendo o bem estar de todos é, indubitavelmente, impedir que a aplicação restritiva de uma norma, em

desacordo com o valor finalístico de um sistema de proteção, prive um indivíduo de um dos principais de seus direitos, qual seja, estar amparado nos primeiros meses de vida. É também impedir desrespeito ao direito à igualdade, evitando tratamento anti-isonômico e discriminatório entre pai e mãe, ou outro responsável, que exerçam exatamente a mesma responsabilidade para com a criança.

A negativa do benefício em apreço também viola o direito à isonomia, pois a Constituição Federal estabelece no *caput* do artigo 5º que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, dessa forma, em sentido amplo, a isonomia permite que todos devem ser tratados com igual consideração.

Muito embora, tenha prevalecido no nosso ordenamento jurídico a igualdade formal, a igualdade jurídica material ganhou relevância ao considerar a complementariedade existente entre ambas. Nesse diapasão, Novellino citando Oscar Vilhena Vieira afirma que a igualdade material, tem natureza social, tratando-se de uma obrigação de distribuir direitos e benefícios voltados à criação de condições materiais de igualdade. (2014) Assim, a doutrina passou a defender a exigibilidade de ações afirmativas com a finalidade de reduzir as desigualdades existentes.

Dessa forma, a concessão de um benefício criado com o nobre objetivo de permitir a criação plena e digna de um filho, não pode ser propulsor de discriminação. O fato é que o benefício, passou por evoluções que culminaram na edição da Lei 12.873/13 ampliando as hipóteses de concessão do salário-maternidade, passando a ser devido também aos homens, motivo pelo qual, não há justificativa para negá-lo no caso em apreço.

Invocando o direito à isonomia como fundamento da possibilidade de concessão do benefício na hipótese analisada, a Juíza ressalta a igualdade material:

Elucido, no ponto, que a igualdade entre homens e mulheres, inserta no artigo 5º, I, da CF, tomada em seu viés material, não pode conduzir a um tratamento discriminatório injustificado dispensado ao homem, criando uma situação final de desamparo, quando justamente visa, através da discriminação positiva, ao alcance da igualdade na conjuntura de fato.

Busca-se evitar o desamparo, a discriminação, a opressão, a negligência e a exploração, riscos que uma criança naturalmente em situação de vulnerabilidade, está passível de sofrer. Diante desta realidade, o Estado não poderá negar o

amparo necessário ao resguardo da criança. Ressalte-se que a eminente decisão funda-se na efetivação do sistema protetivo:

(...) negar o salário-maternidade ao autor é negar-lhe o direito à igualdade e desampará-lo ao ter assumido exclusivamente as responsabilidades pelo filho; é negar os direitos de proteção e amparo à criança; é ignorar fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil, como a dignidade da pessoa humana, construção de uma sociedade justa e solidária, negar proteção à família que, enquanto base da sociedade, é fundamento do próprio Estado Brasileiro.

Não deve prosperar interpretação restritiva da norma previdenciária, diante de uma omissão legislativa que acarreta consequências prejudiciais a um indivíduo que fora, em razão da sua vulnerabilidade, destinatário do sistema de proteção especial de prioridade absoluta.

Também não se deve prejudicar o pai que responsabilizou-se pela criação do filho diante do abandono pela mãe da criança, visto que a negativa da concessão do benefício pelo INSS, tolhe as possibilidades de realização dos seus deveres, para garantir o desenvolvimento pleno do filho.

Outrossim, a concessão do benefício no caso em epígrafe está em conformidade com a determinação constitucional prevista no artigo 195, § 5, da precedência da fonte do custeio, pois o custeio do salário-maternidade já está previsto na lei previdenciária, correspondendo ao pagamento do salário de benefício à previdência, ou a carência relativa ao trabalho rurícola no caso da segurada especial.

Desse modo, não se trata de concessão do benefício em duplicidade, conforme elucida a magistrada, será devido o pagamento do benefício ao segurado que assumir exclusivamente as responsabilidades da criação do filho, e, se o genitor for o tutor da criança, a ele será concedido o benefício.

Ressalte-se que constitui objetivo da República Federativa do Brasil, conforme o artigo 3º, I a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como o inciso IV a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, portanto, a negativa da concessão do benefício em questão vai de encontro aos fundamentos e objetivos estabelecidos pela Carta Magna, em clara violação as determinações constitucionais, motivo pelo qual, é medida imperiosa a sua concessão no caso em apreço.

CONCLUSÃO

A previdência social é um direito fundamental de 2ª dimensão previsto no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, dotada de eficácia plena, aplicabilidade imediata e exigibilidade perante o Estado.

O salário-maternidade é um benefício previsto na Lei 8.213/91 que trata do Regime Geral de Previdência Social brasileiro, cujo fora *a priori* destinado às mulheres seguradas do Regime Geral de Previdência social em razão do nascimento do filho.

Ocorre que a destinação inicial do benefício, acompanhando as mudanças na sociedade, passou por alterações, ocorrendo a ampliação das hipóteses de concessão, com a edição da Lei 12.873/13 que acrescentou na 8.213/91 os artigos 71-A e 71-B concedendo ao segurado e segurada que adotarem ou obtiverem guarda para fins de adoção, caso em que passou também a ser devido aos casais homoafetivos, e ao cônjuge segurado (a) sobrevivente em razão do falecimento daquele que fizer jus ao salário-maternidade.

Essa ampliação demonstrou que a concepção da finalidade do salário-maternidade, também foi modificada, na medida em que houve a flexibilização da sua função, antes percebida como protetora unicamente da parturiente, mas com a Lei 12.873/13, foi revelada outra função do benefício, qual seja, acautelar a criança, devido a sua vulnerabilidade.

Tal ampliação demonstra evolução na legislação previdenciária que necessita estar atrelada à realidade fática dos segurados, tendo em vista sua finalidade protetiva em face da ocorrência dos riscos sociais.

No entanto, essa evolução ainda não está completa, devido à existência de uma lacuna na legislação acerca da possibilidade de concessão do benefício ao pai, que detenha a qualidade de segurado do regime geral de previdência social, no caso do abandono materno da criança, ocasião em que este se tornou o responsável pelo filho, provendo todos os cuidados para o desenvolvimento digno e pleno da criança.

Para garantir o provimento dos direitos da criança assegurados no sistema de proteção integral do qual é destinatária, instituído pela Constituição Federal no *caput* artigo 227 da Constituição e reafirmados pela Lei 8.069/90, mais conhecida como

Estatuto da Criança e do Adolescente é necessário que lhe seja assegurado, em igualdade de condições, o salário-maternidade, pois, conforme o benefício tem dupla finalidade: o resguardo da parturiente e a proteção à criança nos primeiros meses devida.

Nesse diapasão, a possibilidade jurídica da concessão do benefício na hipótese em apreço, tem como fundamento a dignidade humana, valor supremo que rege o ordenamento jurídico, objetivando garantir a criança as condições mínimas dignas de existência, através do suporte financeiro e de tempo, considerando que o salário-maternidade possibilita o afastamento do beneficiário das atividades laborativas pelo prazo de 120 (cento e vinte) dias

Com fulcro no direito à igualdade, ao pai deve ser estendido o pagamento do benefício, uma vez que a Constituição determina a igualdade entre homens e mulheres, não sendo justificável, a negativa do benefício ao homem, nesta situação que carece de discriminação positiva.

Outrossim, é necessário ressaltar que diante da lacuna legislativa, cabe ao aplicador do direito, buscar saná-la de modo a extinguir ou ao menos diminuir os prejuízos causados aos jurisdicionados, devendo o intérprete realizar a interpretação conforme a Constituição Federal, atentando para o seu fim, que é no caso em tela, a proteção da criança.

Portanto, conforme demonstrado neste artigo, é juridicamente possível a concessão do salário maternidade ao pai, na hipótese de abandono materno da criança, à luz dos princípios e fundamentos constitucionais, da tutela da família e do sistema de proteção integral da criança.

THE NEW CONTOURS OF SALARY MATERNITY IN BRAZIL: AN ANALYSIS OF THE PARENT'S RIGHT TO THE EXTENSION OF THE SECURITY BENEFIT

ABSTRACT

This work will examine a legal possibility about the concession of maternity salary to the father, worker who paid contributions to social security, in case of maternal abandonment of the children in the early months of their lives. This bibliographic study, is based on the constitutional principles and in system of children protection showing the dual function of maternity salary. This article makes reference

to the first favorable decision from Federal justice of the Rio Grande do Sul about the case evidencing the current positioning about the subject in question.

Keywords: maternity salary, maternal abandonment, constitutional principles.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. **Direito Previdenciário**. Salvador: Juspodivm, 2016.

BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum 2013.

FERNANDES, Gonçalves Bernardo. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade. (o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de direito constitucional**. Salvador: Juspodvm, 2012.

KERTZMAN, Ivan. **Curso prático de direito previdenciário**. Salvador: Juspodvm, 2015.

MELLO, Cleyson de Moraes, Thiago Moreira Mello. **Direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de Direito constitucional**. São Paulo: Saraiva 2012.

NOVELINO, Marcelo. **Manual da Direito Constitucional**. São Paulo: Método, 2014.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.html.> Acesso em 02 de setembro de 2016.

<https://eproc.jfrs.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=711469816191242801511976199560&evento=711469816191242801511976248034&key=b8b38351458b92b166a3d9ea267c18c43cc66e9a5fe1e5201a41eb9dbf23d99a.> Acesso em 15 de setembro de 2016.

<http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/ADI_4277_DF_1319338828608.pdf?Signature=PGe1QW4138rrNW6cEMhBuFw60wk%3D&Expires=1475629503&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=82e72df83dc8520f9d7b7eeb704df7c6.> Acesso em 17 de setembro de 2016.

<http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=6921293&termosPesquisados=salario-maternidade%20adocao.> Acesso em 04 de outubro de 2016.

<<http://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/152845012/a-proibicao-do-retrocesso-e-o-efeito-cliquet-dos-direitos-fundamentais>.> Acesso em 04 de outubro de 2016.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 05 de outubro de 2016.