

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

FERNANDO DE OLIVEIRA FERNANDES PRADELLA

**O SALÁRIO-MATERNIDADE REMANESCENTE NA INEXISTÊNCIA DE
CÔNJUGE OU COMPANHEIRO SOBREVIVENTE**

JUIZ DE FORA

2016

FERNANDO DE OLIVEIRA FERNANDES PRADELLA

**O SALÁRIO-MATERNIDADE REMANESCENTE NA INEXISTÊNCIA DE
CÔNJUGE OU COMPANHEIRO SOBREVIVENTE**

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade Federal de Juiz de
Fora, como requisito parcial a obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

Orientação: Prof. Me. Fernando Guilhon de
Castro.

JUIZ DE FORA

2016

FERNANDO DE OLIVEIRA FERNANDES PRADELLA

**O SALÁRIO-MATERNIDADE REMANESCENTE NA INEXISTÊNCIA DE
CÔNJUGE OU COMPANHEIRO SOBREVIVENTE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em _____ de _____ de 2016

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Me. Fernando Guilhon de Castro (Orientador)
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Flávio Bellini de Oliveira Salles
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Me. Brahwlio Soares de Moura Ribeiro Mendes
Universidade Federal de Juiz de Fora

Aos meus pais.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus que iluminou o meu caminho durante esta caminhada.

Aos meus pais que com muito carinho e apoio não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa de minha vida. Obrigado.

Ao meu querido padrinho Cristiano Gazal, que me mostrou a beleza do Direito e instigou toda essa curiosidade e paixão pela área. Hoje, agradeço pelos conselhos, correções e apoio incondicional, fundamental para a conclusão desta árdua etapa.

Sou grato à Professora Adriana Menezes, companheira de caminhada ao longo desse curso de Direito. Minha formação, inclusive pessoal, não teria sido a mesma sem a sua presença.

Aos professores e aos amigos da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, pela minha formação profissional. Em especial, ao professor Fernando Guilhon, pela orientação e por dividir comigo seu extenso conhecimento.

Por fim, considerando esta monografia como resultado de uma caminhada que não começou na UFJF, agradecer pode não ser tarefa fácil, nem justa. Para não correr o risco da injustiça, agradeço a todos que de alguma forma passaram pela minha vida e contribuíram para a construção de quem sou hoje.

“A justiça é o direito do mais fraco”

Joseph Joubert

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo analisar o instituto do salário-maternidade remanescente nas situações em que deixa de cumprir sua finalidade de proteção ao segurado do Regime Geral de Previdência Social e, conseqüentemente, à criança e ao recém-nascido nos casos em que inexistente a figura do cônjuge ou companheiro sobrevivente. Para tanto, faz-se necessário entender o direito fundamental à vida, à seguridade social e, conseqüentemente, ao salário-maternidade.

Palavras-chave: Salário-maternidade remanescente. Previdência-social. Proteção à criança.

ABSTRACT

This work aims to analyze the institute of remaining maternity pay, considering the situations where it fails to fulfill its purpose of protection to the insured of the Social Welfare System and therefore the child and the newborn in cases where it does not exist the figure of the surviving spouse or partner. Thus, it is necessary to understand the fundamental right to life, to social security and, as a result, the maternity pay.

Keywords: Maternity pay. Social Welfar. Child protection.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF.....	Constituição Federal
CFM.....	Conselho Federal de Medicina
CLT.....	Consolidação das Leis do Trabalho
IAPS.....	Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social
INPS.....	Instituto Nacional da Previdência Social
INSS.....	Instituto Nacional do Seguro Social
OIT.....	Organização Internacional do Trabalho
OMS.....	Organização Mundial da Saúde
RGPS.....	Regime Geral de Previdência Social
SINPAS.....	Sistema Nacional de Previdência Social e Assistência Social

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 SEGURIDADE SOCIAL E O SALÁRIO-MATERNIDADE: CONCEITO E EVOLUÇÃO.....	13
2.1 SEGURIDADE SOCIAL - CONCEITO.....	13
2.2 HISTÓRIA DO SALÁRIO-MATERNIDADE NO BRASIL.....	14
3 O BENEFÍCIO SALÁRIO-MATERNIDADE.....	17
3.1 SALÁRIO-MATERNIDADE LEGISLAÇÃO.....	17
3.2 NATUREZA JURÍDICA DO SALÁRIO-MATERNIDADE.....	18
4 O DIREITO AO BENEFÍCIO SALÁRIO-MATERNIDADE.....	20
4.1 QUALIDADE DE SEGURADO.....	20
4.2 CUMPRIMENTO DE CARÊNCIA.....	20
5 RENDA MENSAL INICIAL DO SALÁRIO-MATERNIDADE.....	21
6 MODALIDADES DO SALÁRIO-MATERNIDADE	23
6.1. SALÁRIO-MATERNIDADE BIOLÓGICO.....	23
6.2 SALÁRIO-MATERNIDADE ADOTIVO.....	23
6.3 SALÁRIO-MATERNIDADE REMANESCENTE OU DERIVADO.....	24
7 SITUAÇÕES NÃO PREVISTAS PELA LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA.....	26
7.1 ADOÇÃO DE CRIANÇA POR PESSOA SOLTEIRA.....	26
7.2 GRAVIDEZ MONOPARENTAL.....	26
7.3 MORTE DOS PAIS.....	27
8 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO ESTUDO.....	28
8.1 PRINCÍPIO DA UNIVERSALIDADE DE COBERTURA E ATENDIMENTO.....	28

8.2 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE SOCIAL.....	30
8.3. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	30
9 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL À CRIANÇA.....	32
9.1 CONCESSÃO DO SALÁRIO-MATERNIDADE REMANESCENTE NO CASO DE INEXISTÊNCIA DE CÔNJUGE OU COMPANHEIRO SOBREVIVENTE.....	33
10 PREEEXISTÊNCIA DE CUSTEIO.....	37
11 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	38
REFERÊNCIAS.....	40

1 INTRODUÇÃO

O salário-maternidade é concedido aos segurados do Regime Geral de Previdência Social - RGPS nos casos de parto, de aborto não criminoso, de adoção, de guarda judicial para fins de adoção e de falecimento do cônjuge, companheiro ou companheira que faria jus ao benefício.

O benefício é pago para que a segurada tenha a possibilidade de se afastar do trabalho para estreitar os laços com seu filho, sem prejuízo da sua remuneração.

Com o passar do tempo foram abarcadas novas situações de risco com o intuito de dar efetividade aos mandamentos constitucionais dos direitos sociais, como a proteção à maternidade e à infância, ampliando a cobertura do sistema previdenciário como forma de garantir a universalidade da cobertura.

Nesse sentido, houve a inclusão do art. 71-B pela Lei nº 12.873/13, que criou o salário-maternidade remanescente, viabilizando a proteção à criança no caso de morte da segurada ou do segurado beneficiários.

O salário-maternidade remanescente previsto no art. 71-B da Lei nº 8.213/91, portanto, ocorre no caso de óbito do segurado que fazia jus ao recebimento do benefício, situação na qual o cônjuge ou companheiro sobrevivente receberá o benefício ao afastar-se do trabalho ou de suas atividades habituais para que a criança não fique desamparada.

Embora o modelo atual do salário-maternidade tenha avançado significativamente em termos sociais, ainda não há o cumprimento satisfatório do art. 194, parágrafo único, inciso I, da Constituição Federal, segundo o qual a Seguridade Social deve cobrir todas as espécies de infortúnios e riscos sociais por meio de seus benefícios e serviços.

A legislação previdenciária não previu a situação recorrente da inexistência de cônjuge ou companheiro sobrevivente, gerando uma lacuna nos casos de processo de adoção por solteiros, de gravidez monoparental ou mesmo em situações em que ocorre o falecimento do pai e da mãe, o que deixou ao alento não apenas o direito da criança e do infante nascituro, mas igualmente do segurado responsável pela criança. Nesse sentido a Constituição Federal do Brasil de 1988:

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 (BRASIL, 1988).

Há que se considerar que em muitas dessas circunstâncias haverá algum responsável pela criança que estará em situação semelhante à da mãe ou do pai, sejam ascendentes, descendentes dos falecidos ou, até mesmo, terceiro por decisão judicial que obtenha a guarda.

Em interpretação conjunta dos artigos 6º; 194, inciso I e 227 da Constituição Federal, discute-se, no presente trabalho, a barreira formal gerada pela omissão legislativa do pagamento do salário-maternidade remanescente ao guardião de fato, no caso de inexistência de cônjuge ou companheiro sobrevivente, sendo que ascendente ou descendente não se enquadram nos ditames do art. 71-B da Lei nº 8.213/91, mesmo que sejam segurados do Regime Geral de Previdência Social (RGPS).

O objetivo, portanto, será verificar a possibilidade da concessão do salário-maternidade a quem possuir a guarda de fato da criança, no caso de inexistência do cônjuge ou companheiro sobrevivente, conforme os ditames constitucionais e a jurisprudência pátria.

O tema demonstra-se importante, vez que o legislador permaneceu omissos em face da situação extremamente corriqueira que deixa crianças e recém-nascidos em situação de risco, por não haver amparo na legislação previdenciária para recebimento do salário-maternidade remanescente àquele que se coloca no lugar da mãe ou do pai, na ausência de cônjuge ou companheiro sobrevivente.

Este trabalho tem, também, grande relevância jurídica e social, pois sua conclusão pode servir de orientação aos operadores do direito que busquem uma solução equilibrada acerca do tema, além de colaborar para com uma demanda social de segurados que se encontram nessa complexa situação.

2 SEGURIDADE SOCIAL E O SALÁRIO-MATERNIDADE: CONCEITO E EVOLUÇÃO

2.1 Seguridade Social - Conceito

A seguridade social é um conjunto de ações públicas destinadas a socorrer as pessoas em situações de fragilidade social, visando proteger a população que, por questões alheias à sua vontade, não possui condições econômicas de superar os infortúnios da vida como a velhice, a doença e a invalidez laboral, para que efetivamente se reduzam as desigualdades sociais. Visa garantir os direitos à saúde, à previdência e à assistência social. (AMADO, 2013).

Na Constituição Federal do Brasil a seguridade social é definida no art. 194, *caput, in verbis*: “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinado a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”. Por sua vez, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, que o Brasil é signatário, no art. XXV consta o seguinte:

1. Todo Homem tem direito a um produto de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.
2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

Trata-se de um sistema de proteção que abrange os três programas sociais de maior relevância: a previdência social, a assistência social e a saúde. Criado, portanto, com o objetivo protetivo, no intuito de cobrir algumas questões referentes ao bem-estar do ser humano, para que haja um mínimo de dignidade nessas ocasiões.

Melhor definida pela ilustre professora Adriana Menezes (2016 p.16):

A seguridade social restou definida como a proteção que a sociedade oferece aos seus membros mediante uma série de medidas públicas contra as privações econômicas e sociais que, de outra forma, derivam do desaparecimento ou em forte redução de sua subsistência, como consequência de enfermidade, maternidade, acidente de trabalho ou enfermidade profissional, desemprego, invalidez, velhice e também a proteção em forma de assistência médica e ajuda às famílias com filhos.

O salário-maternidade está incluído na seguridade social, sendo considerado como um benefício, ainda que não haja risco a ser tutelado. É regulado pela Lei nº. 8.213/91, nos arts. 71 a 73. (IBRAHIM, 2015, p. 641)

2.2 História do Salário-Maternidade no Brasil

O Decreto nº 21.417-A de 1932 foi o advento da proteção às trabalhadoras gestantes no Brasil, em que as beneficiárias tinham “auxílio correspondente à metade dos seus salários, de acordo com a média dos seis últimos meses, que seria pago pelas Caixas criadas pelo Instituto de Seguro Social e, na falta destas, pelo empregador” (MARTINS, 2006, p. 369).

Embora a legislação tenha iniciado uma proteção importante às gestantes trabalhadoras, ficou evidente que não era suficiente, em razão das grandes dificuldades enfrentadas pelas mulheres num momento delicado, que é o período pós-parto.

Com isso, houve a introdução à licença-maternidade pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) em 1943, tendo a trabalhadora direito a repouso de quatro semanas antes e oito semanas depois do parto, além do direito ao salário integral neste período.

Nessa perspectiva de políticas públicas em tutelar a proteção às mulheres, em 1962 o Brasil assinou a Convenção nº 3 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), incorporada pelo Decreto nº 51.627 de 1992, em que a responsabilidade do pagamento às beneficiárias foi transferida para o Estado (SÜSSEKIND, 1998, p. 338).

Já com a Convenção nº 103 da OIT, ratificada pelo Brasil em 1966, houve a definição de que as prestações ficariam a cargo de um sistema de seguro social ou fundo público. A Constituição de 1967, por sua vez, disciplinava o descanso remunerado da gestante, sem prejuízo do emprego e do salário.

Verifica-se que o salário-maternidade não possuía natureza jurídica de benefício previdenciário, o que foi regulamentado apenas em 1974, conforme observa Sergio Pinto Martins (2006, p. 370):

Somente com a edição da Lei nº 6.136, de 7-11-74, é que o salário maternidade passou a ser uma prestação previdenciária, não mais tendo o empregador de pagar o salário da empregada que vai dar à luz. O custeio do salário-maternidade era de 0,3% sobre a folha de pagamento (art. 4º da Lei nº 6.136), que foi extinto pela Lei nº 7.787/89, ficando englobado no percentual de 20% da empresa (§ 1º do art. 3º da Lei nº 7.787). Essa orientação foi repetida no inciso I, do art. 22 da Lei nº 8.212/91.

O legislador, portanto, verificou a necessidade de incluir no texto constitucional a proteção à maternidade, especialmente à gestante, que ocorreu com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Veja-se:

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

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.

Em 1991, com a criação do Regime Geral de Previdência Social pela Lei nº. 8.213/91, foi estabelecido o direito ao salário-maternidade durante um período de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário e sem distinção da segurada empregada urbana, trabalhadora avulsa e empregada doméstica (MIESSA, 2014. p. 219).

No entanto, apenas em 1994, com o advento da Lei nº. 8.861/1994, a segurada especial pôde fazer jus ao benefício do salário-maternidade, desde que comprovasse atividade rural nos 12 (doze) meses imediatamente anteriores ao parto, sendo alterada posteriormente para 10 (dez) meses, em igualdade com todas as demais seguradas beneficiárias e a segurada contribuinte individual pôde fazer jus ao benefício com o advento da Lei nº 9.876/1999.

A partir daí, todas as seguradas estavam contempladas com o salário-maternidade. Com a edição da Lei nº 10.421/2002, a adoção e a guarda judicial para fins de adoção foram contempladas para recebimento do salário-maternidade na hipótese de adoção de crianças de até 08 (oito) anos de idade (MUSSI, 2015).

A determinação da idade da criança escolhida no caso de adoção foi utilizada para restringir o período do pagamento do salário-maternidade. Desse modo, para crianças adotadas com até 1 (um) ano de idade, o período de benefício seria de 120 (cento e vinte) dias; entre 1 (um) e 4 (quatro) anos seria de 60 (sessenta) dias e entre 4 e 8 anos de idade o benefício seria pago por apenas 30 (trinta) dias, o que gerou diversas críticas na doutrina (AMADO, 2013), e foi corretamente alterado com a Lei nº 12.873/2013, que retirou a limitação da idade.

Evidente que a lei previdenciária ao delimitar uma idade máxima da criança para ser adotada criava discriminação no momento da escolha, conforme crítica pontual do Professor ZAMBITTE (2014. p. 643):

Embora a extensão do benefício a adotante tenha sido correta, a fixação de prazos diferenciados de acordo com a idade da criança, é inadequada, pois o

benefício especialmente na adoção, tem como objetivo a interação necessária entre o menor e sua nova família. Neste ponto, acredito que o estabelecimento de prazos diferenciados, na Lei nº 8.213/91, foi tacitamente revogado pela Lei nº 12.010/09, a qual revogou previsão idêntica da CLT, que tratava da licença-maternidade. É certo que o período de licença não necessariamente deve coincidir com o benefício, mas foi intenção da lei, claramente, excluir a discriminação existente, que deve ter reflexos no contexto previdenciário. Acredito que, hoje, pouco importa a idade da criança ou adolescente adotados – a licença sempre será de 120 dias.

A partir da Lei nº 12.873/2013, excluiu-se o limite de idade da criança para o recebimento do salário-maternidade pelo prazo de 120 (cento e vinte) dias nos casos de adoção ou guarda judicial para fins de adoção. Ademais, os homens segurados da Previdência Social passaram a ter o direito ao salário-maternidade (MIESSA, 2014. p. 224).

Essa mesma lei trouxe a possibilidade de o segurado do RGPS, cônjuge ou companheiro ou companheira sobreviventes daquele que falecera no período em que fazia jus ao salário-maternidade, caso viesse a se afastar do trabalho para cuidar do filho.

3 O BENEFÍCIO SALÁRIO-MATERNIDADE

3.1 Salário-Maternidade - Legislação

O benefício do salário-maternidade está previsto na Constituição Federal e na legislação nos seguintes artigos: art. 7º, inciso XVIII e art. 201, inciso II, da CF/88; art. 71 a 73 da Lei nº 8.213/91 e art. 93 a 103 do Decreto nº 3.048/99.

O salário-maternidade é devido à segurada empregada, trabalhadora avulsa, empregada doméstica, contribuinte individual, facultativa ou segurada especial, em decorrência do parto (inclusive no caso de mãe substitutiva) e do aborto não criminoso. Entretanto, a Lei nº. 10.421/02 ampliou esse rol, abarcando os casos de adoção de crianças ou da obtenção da guarda judicial para fins de adoção (IBRAHIM, 2014, p. 642).

O período do benefício pago à segurada será, em regra, de 120 (cento e vinte) dias, com início até 28 (vinte e oito) dias anteriores ao parto e 91 (noventa e um) dias após a ocorrência deste.

Nos casos de adoção e de guarda judicial para fins de adoção de criança, o benefício é pago a partir do momento em que se concretiza a adoção.

Já no caso do salário-maternidade remanescente, o benefício será pago a partir do dia seguinte à cessação do salário-maternidade originário, desde que seja requerido no prazo máximo do dia previsto para o término do benefício originário.

No que concerne à carência – número mínimo de contribuições vertidas para a Previdência Social - exigem-se para os segurados facultativo e contribuinte individual 10 (dez) contribuições mensais, computadas a partir da primeira paga sem atraso. No caso do segurado especial, este terá que comprovar 10 (dez) meses de exercício efetivo de atividade rural, ainda que de forma descontínua, imediatamente anteriores à data dos fatos geradores do salário-maternidade (JUNIOR, 2008, p. 283).

Já para os segurados empregados, empregados domésticos e trabalhadores avulsos, a carência mínima de contribuições para o RGPS é dispensada.

Conforme verificado até o momento, tem-se a impressão de que a finalidade do salário-maternidade é apenas a proteção e o descanso da mãe.

Todavia, não é acertada tal posição, pois atualmente objetiva-se também o amparo da criança e do recém-nascido nos seus primeiros meses de vida (JUNIOR, 2008, p. 283).

3.2 Natureza Jurídica do Salário-Maternidade

O salário-maternidade – ainda que tivesse no passado natureza jurídica trabalhista, conforme seu nome já denuncia: “salário-maternidade” –, atualmente tem, no ordenamento jurídico, natureza previdenciária, vez que é atributo e ônus da Previdência Social. Conforme expõe Sergio Pinto Martins (2003, págs. 387-388):

A natureza jurídica do salário-maternidade é de benefício previdenciário, pois é a previdência social que faz o seu pagamento (art. 71 da Lei n. 8213). Não se trata de uma prestação de assistência social, por não ser prevista no art. 203 da Constituição, mas de prestação previdenciária incluída no inciso II do art. 201 e inciso XVIII do art. 7º da Constituição. O pagamento feito a título de licença-gestante não representa salário, em razão de que é feito pelo INSS e não pelo empregador. O art. 72 da Lei n. 8.213/91 faz referência que o salário-maternidade é uma renda mensal igual a remuneração integral da segurada empregada e trabalhadora avulsa. Entretanto, não quer dizer que o salário-maternidade tem natureza de remuneração, mas que o valor do benefício a ser pago é igual ao da remuneração da empregada, porém continua a ser um benefício previdenciário.

Logo, não se confunde com a licença-maternidade que, apesar da maioria dos casos caminharem juntos, não se equivalem.

A licença-maternidade é conferida para que a gestante possa repousar durante os últimos dias de sua gestação, preparar-se para o parto, bem como para que possa amamentar o bebê recém-nascido, tendo duração também de 120 (cento e vinte) dias, conforme apresenta Alvarenga (2014, p. 02):

Existe diferença entre a licença-maternidade e o salário-maternidade. A licença-maternidade ou licença-gestante compreendem o período de 120 (cento e vinte) dias de afastamento da empregada, ao passo que o salário-maternidade representa o pagamento que será efetuado pelo INSS em decorrência do período de afastamento da segurada gestante.

Importante registrar que com o advento da Lei nº 11.770/2008 a licença-maternidade poderá ser prorrogada por mais 60 (sessenta dias). A referida lei criou o Programa Empresa Cidadã, permitindo que a licença-maternidade seja gozada no período de 180 dias, caso a empresa faça a adesão ao programa e a empregada solicite ao empregador até o final do primeiro mês após o parto ou adoção. (MENEZES, 2015, p. 348).

No entanto, a prorrogação da licença-maternidade, nos termos acima expostos, não faz com que o benefício do salário-maternidade seja, também, estendido por mais 60 dias. O benefício, cujo ônus financeiro cabe à Previdência Social, cessa após o período de 120 dias. E, o período de prorrogação é suportado pela empregadora a título de remuneração, podendo ser deduzida como despesa na declaração do imposto de renda da pessoa jurídica.

Fica claro, portanto, que a proteção social à gestante é garantida através de mais de um viés, com regras tanto no âmbito previdenciário quanto no trabalhista. Contudo, a finalidade do salário-maternidade é garantir a proteção da mãe e do filho com a substituição da remuneração da segurada gestante durante os 120 dias de repouso, referentes à licença-maternidade. (TAVARES, 2008, p.160).

Nesse sentido, de acordo com o entendimento do ilustre Mozart Victor Russomano (1977, p.375):

O benefício do salário-maternidade decorre do risco social que a gravidez representa, não pelo fato de colocar, por algum tempo, a gestante fora de sua atividade profissional, como porque é preciso que o parto se desenvolva dentro de padrões de normalidade biológica, de conforto psicológico para a mãe e de condições higiênicas para o filho.

Nos casos de adoção ou guarda judicial para fins de adoção de criança, o benefício vai garantir ao segurado ou à segurada adotante um "estágio de convivência" com seu filho adotivo. Concede-se ao adotante a possibilidade de se afastar do trabalho para estreitar os laços entre o segurado e o filho adotivo, sem prejuízo da sua remuneração (MIESSA, 2014. p. 229).

Quanto ao salário-maternidade remanescente, em que o cônjuge ou companheiro sobrevivente irá receber o benefício, permite-se que o novo beneficiário possa se afastar do trabalho para cuidar do filho, sem perder remuneração. O salário-maternidade passa a ser substituto do rendimento do trabalho.

4 O DIREITO AO BENEFÍCIO SALÁRIO-MATERNIDADE

Há na legislação previdenciária (Lei nº 8.213/91 e Decreto nº 3.048/99) alguns requisitos para a obtenção do salário-maternidade: ter a mulher ou o homem a qualidade de segurado; cumprimento de carência, quando exigida; e ser mãe (biológica ou adotiva) ou pai (biológico ou adotivo).

4.1 Qualidade de Segurado

Como a Previdência Social tem caráter contributivo, o segurado deve estar inscrito e filiado ao Regime Geral de Previdência Social e contribuindo, salvo no caso estar em gozo do período de graça.

Disciplinado no art. 15 da Lei nº 8.213/91, o período de graça ocorre quando o segurado deixa de efetuar contribuições, mas por opção do legislador possui um período em que, embora não haja contribuições, mantém sua qualidade de segurado, conservando seus direitos perante a Previdência Social.

4.2 Cumprimento de Carência.

A carência é o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o segurado faça jus ao benefício que deseja.

Sobre tal aspecto, merece ser trazida a definição da ilustre professora Adriana Menezes: (2016. p. 214).

O período de carência representa o número mínimo de contribuições mensais vertidas para que o beneficiário faça *jus* ao benefício a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências. O sistema é parecido com o que acontece com os planos de saúde que exigem certo número de parcelas pagas durante um tempo para se ter direito a determinados procedimentos médicos como, por exemplo, cirurgia e parto.

O salário-maternidade exigirá ou não carência a depender do enquadramento do segurado. Em regra, o benefício exige 10 (dez) contribuições mensais anteriores ao fato gerador, salvo para a empregada, empregada doméstica e trabalhadora avulsa em que não haverá carência (AMADO. 2013, p. 641).

5 RENDA MENSAL INICIAL DO SALÁRIO-MATERNIDADE

Os benefícios da previdência social são calculados observando os limites estipulados pelo Regime Geral de Previdência Social de acordo o art. 248 da CF/88, a saber:

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.

O valor do benefício de salário-maternidade não é calculado pela técnica do salário de benefício, tendo a sua renda inicial apurada levando-se em consideração o enquadramento do segurado no RGPS, tendo como único limite o valor fixado para o subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), fixados no art. 37, XI, da Constituição Federal do Brasil.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos;

Esse limite foi confirmado pelo STF através da proposição da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.946, *in verbis*:

O STF (ADIN MC n. 1946 – DF, Rel. Min. Sydney Sanches, 29/4/1999) entendeu que o valor do benefício salário maternidade pode ser superior ao teto imposto aos demais benefícios previdenciários. Deve ser aplicável ao salário maternidade o limite estipulado no art. 37, inciso XI da CF/88, que trata do subsídio mensal dos Ministros do STF, conforme dispõe o art. 248 da CF/88. Nesse enleio, caso a remuneração integral da segurada empregada

ou trabalhadora avulsa seja superior ao subsídio mensal dos Ministros do STF, caberá à empresa o pagamento complementar da diferença, pois o art. 7º, inciso XVIII da Constituição Federal de 1988 assegura “licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de 120 dias”. Em se tratando de segurada trabalhadora avulsa, o excedente deverá ser pago pela entidade intermediadora, sindicato ou órgão gestor de mão de obra.

O valor do salário-maternidade varia de acordo com a atividade laborativa exercida pelo segurado beneficiário, segundo a ilustre Professora Adriana Menezes (2015, p. 225)

No caso de empregado, o valor do benefício corresponde ao valor da última remuneração, limitado ao teto do ministro do STF;

Para a trabalhadora avulsa a remuneração equivalente a um mês de trabalho, limitado ao teto do ministro do STF;

Para empregada doméstica, o último salário de contribuição-de-contribuição, sujeito ao limite máximo correspondente;

Para a contribuinte individual e facultativa, 1/12 da soma dos últimos 12 salários de contribuição-de-contribuição apurados em período não superior a quinze meses, limitado o valor ao teto máximo do salário de contribuição-de-contribuição. Não poderá ser pago em valor inferior ao salário mínimo,

Para a segurada especial, um salário mínimo.

Necessário registrar como será pago o salário-maternidade ao cônjuge ou companheiro sobrevivente no caso de falecimento da segurada que teria direito ao benefício nos casos de parto, adoção ou guarda judicial para adoção.

O valor do salário-maternidade remanescente ou derivado será pago diretamente pela Previdência Social durante o período entre a data do óbito do segurado e o último dia do término do salário-maternidade originário e será calculado considerando o salário de contribuição do segurado sobrevivente. (MENEZES, 2015, p. 342)

O valor do salário-maternidade derivado não terá o mesmo valor do benefício originário. Será calculado de acordo com as regras previstas na legislação previdenciária para todos os salários-maternidade, considerando o enquadramento do cônjuge/companheiro sobrevivente no RGPS.

6 MODALIDADES DO SALÁRIO-MATERNIDADE

6.1 Salário-Maternidade Biológico

O salário-maternidade biológico será devido às seguradas da Previdência Social, quando ocorrer o parto ou o aborto não criminoso, mesmo havendo natimorto. O fato que gera direito ao benefício do salário-maternidade é o parto e não a criança viva.

Considera-se parto o evento ocorrido a partir da 23ª semana de gestação, incluindo os casos de natimorto, quando há interrupção da gravidez após esse período, desde que não haja fato criminoso. (IBRAHIM, 2014, p. 668)

A finalidade desse benefício é garantir à segurada o direito de se afastar do trabalho, sem prejuízo da sua remuneração, para cuidar do filho nos primeiros meses de vida, estreitando os laços entre eles e se recuperar da gestação.

6.2 Salário-Maternidade Adotivo

A Lei nº. 10.421/2002 trouxe a possibilidade de estender o direito ao salário-maternidade à segurada ou segurado que adotasse ou obtivesse guarda judicial para fins de adoção de criança.

O benefício é pago independentemente da idade da criança adotada e do sexo do adotante, uma vez que o seu objetivo seria proteger a criança e o adotante, concedendo-lhes condições de se adaptarem à nova família.

Cabe informar, no entanto, que a nova lei impõe que o salário-maternidade adotivo não seja pago 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. É o que prevê o parágrafo 2º, do Art. 71-A, da Lei nº 8.213/91, *in verbis*:

Art. 71-A. (...) § 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. (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013).

O benefício não exclui a mãe biológica nesses casos, permanecendo o seu direito em razão do evento parto, desde que preencha os requisitos necessários à concessão do

salário-maternidade biológico. Vale dizer, haverá pagamento do salário-maternidade à segurada que dá o filho à luz, sem prejuízo de pagar o benefício ao segurado adotante.

6.3 Salário-Maternidade Remanescente ou Derivado

O salário-maternidade remanescente ou derivado é uma recente modalidade desse benefício, em que o legislador, com a Lei nº. 12.873/2013, fez incluir o art. 71-B na Lei nº. 8.213/91 e no art. 392-A da CLT, possibilitando o gozo da licença-maternidade e o recebimento do salário-maternidade pelo cônjuge ou companheiro sobrevivente, na situação de falecimento do segurado originário, que deverá receber o benefício pelo período correspondente entre a data do óbito e o prazo final previsto para o salário-maternidade originário do falecido.

Uma importante conquista para os segurados da Previdência Social, na medida em que é elevado o número de mortalidade materna no Brasil. Segundo dados da Organização Mundial da Saúde (OMS, 2000), há 69 (sessenta e nove) mortes de mulheres a cada 100 (cem) mil partos de nascidos vivos, número que deveria ser de no máximo 30 mulheres. A título de comparação, nos países desenvolvidos esse número não passa de 10 óbitos.

Entretanto, o falecimento da segurada durante o parto (considerado aquele que ocorre a partir do 6º mês ou 23ª semana de gestação) não é o único motivo da existência do salário-maternidade remanescente. A morte de segurados adotantes de criança ou que obtiveram a guarda judicial para fins de adoção, no período do gozo do salário-maternidade poderá gerar, também, a concessão da nova modalidade do benefício.

Quanto aos requisitos para o recebimento do salário-maternidade insta trazer à baila o ensinamento de Élisson Miessa (2014, p. 225):

Importante, porém, deixar consignado que o direito ao salário-maternidade derivado ou remanescente será devido se o segurado falecido tinha direito de receber o benefício e se o cônjuge ou o companheiro se encontrava na qualidade de segurado. É necessário, portanto que:

- o segurado falecido tivesse preenchido todas as condições previstas na legislação previdenciária para o gozo do salário-maternidade;
- o falecimento tenha ocorrido no período de gozo do salário-maternidade;
- o cônjuge ou companheiro tenha, também, a qualidade de segurado da Previdência Social e preencha os demais requisitos para o gozo do benefício;
- o cônjuge ou companheiro se afaste do trabalho para cuidar do filho, não sendo devido o benefício em caso de morte do filho ou seu abandono.

Desta feita, verifica-se que são requisitos cumulativos e a ausência de qualquer um deles impossibilitará a concessão do salário-maternidade remanescente ao cônjuge ou companheiro sobrevivente.

7 SITUAÇÕES NÃO PREVISTAS PELA LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA.

A legislação previdenciária se omite na situação recorrente de inexistência de cônjuge ou companheiro sobrevivente, quando ocorre o falecimento do segurado, deixando ao acaso não apenas o direito da criança, mas também do novo beneficiário responsável pelo menor, que também é segurado do RGPS.

7.1 Adoção de Criança por Pessoa Solteira

Uma das possibilidades de recebimento do salário-maternidade, como demonstrado no tópico anterior, é a adoção, situação em que se busca a realização de um sonho seja por homens ou mulheres, que muitas vezes são solteiros, inexistindo nessa hipótese a figura do cônjuge ou companheiro.

Ao longo dos anos o conceito de família mudou, passando a ser mais democrático, de modo que o modelo patriarcal fora abandonado, sendo plenamente possível a adoção por pais solteiros, situação muito comum atualmente. A adoção é, portanto, uma das maneiras de se constituir família, cuja existência remonta aos primórdios da humanidade (BANDEIRA, 2001).

A despeito da omissão legal, se o segurado adotante falece e inexistente cônjuge ou companheiro, aquele que ficar com a guarda da criança não terá direito a receber o salário-maternidade remanescente, caso o segurado originário não tenha usufruído do benefício por todo o período a que tinha direito. Mesmo tendo que se afastar do trabalho para cuidar da criança e, preenchendo as condições de segurado e carência mínima, não poderá receber o benefício, por não haver expressa previsão legal.

7.2 Gravidez Monoparental

A gravidez monoparental nada mais é do que uma família formada por só um chefe de família. Com novas tecnologias é possível a reprodução assistida por mulheres solteiras, conforme a Resolução CFM nº 2.013/13 do Conselho Federal de Medicina, *in verbis*: “2 - É permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito da objeção de consciência do médico”.

Outra situação muito comum é quando mulheres grávidas são abandonadas pelos companheiros ou simplesmente desconhecem o pai da criança.

Em qualquer dessas situações, se a segurada morre e sobrevive a criança, o salário-maternidade remanescente não será pago, por ausência de companheiro ou cônjuge sobrevivente.

7.3 Morte dos Pais

É possível que os pais do recém-nascido morram no período de recebimento do salário-maternidade, deixando-o desamparado, situação que pode ocorrer em um acidente de veículo, incêndio, desastres naturais, assassinato etc.

Em que pese o trágico infortúnio, este ainda pode piorar, pois existindo ascendente ou descendente que fique responsável pelo recém-nascido ou pela criança adotada, o fato de ter a guarda não gerará direito a receber o salário-maternidade remanescente, caso a mãe ou o pai segurados do RGPS tivessem falecido no período de gozo do benefício.

8 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO ESTUDO

De acordo com as lições de Humberto Ávila (2006, p.138):

(...) a razoabilidade estrutura a aplicação de outras normas, princípios e regras, notadamente das regras. A razoabilidade é usada com vários sentidos. Fala-se em razoabilidade de uma alegação, razoabilidade de uma interpretação, razoabilidade de uma restrição, razoabilidade do fim legal, razoabilidade da função legislativa.

Sabe-se que o direito previdenciário está completamente ligado ao Estado Democrático de Direito, e não ao Estado de Direito, porque neste há uma rigidez maior da lei, não existindo a adequação social.

Dessa forma, foram utilizados alguns princípios no presente trabalho, objetivando-se fazer justiça e colocar plenamente em prática os dispositivos constitucionais, para somente assim, satisfazer os anseios dos cidadãos brasileiros e respeitar seus direitos fundamentais. (SPLICIDO, 1998)

8.1 Princípio da Universalidade de Cobertura e Atendimento

O princípio da universalidade da cobertura e atendimento está previsto no art. 194, parágrafo único, inciso I, da CF/98, elencado abaixo, e visa cobrir os riscos sociais em toda e qualquer situação de vida que possa levar ao estado de necessidade, tais como maternidade, velhice, doença, acidente, invalidez, reclusão e morte, devendo haver o amparo pela Seguridade.

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I - universalidade da cobertura e do atendimento;

As ações devem contemplar necessidades individuais e coletivas, bem como ações reparadoras e preventivas, e não é prudente que a norma constitucional criada para proteger o maior número de pessoas possíveis não seja utilizada para tutelar a situação de risco em que se encontra a criança ou recém-nascido quando falecidos os genitores segurados do INSS (SIMÕES, 2012).

A corroborar o exposto acima, insta trazer à colação o entendimento do eminente do Professor Ibrahim: “A universalidade de cobertura e atendimento é inerente a um

sistema de seguridade social, já que este visa ao atendimento de todas as demandas sociais na área securitária. Além disso, toda a sociedade deve ser protegida, sem nenhuma parcela excluída” (IBRAHIM, 2014. p. 67).

Esse princípio é restringido dentro da possibilidade do sistema previdenciário, mas deve prevalecer a cobertura na concessão do salário-maternidade remanescente ao ascendente ou descendente, tendo em vista amparar uma parcela desprotegida que é o recém-nascido e a criança que necessita de cuidados especiais. Isso não prejudica o erário da Previdência, pois para fazer jus ao benefício os genitores teriam de ser segurados assim como o novo beneficiário.

Conforme decisões judiciais recentes no âmbito previdenciário, não é prudente que a norma previdenciária criada para proteger a criança traga prejuízos a ela por não existir cônjuge ou companheiro sobrevivente do segurado originário, a saber:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. SALÁRIO-MATERNIDADE. GUARDA JUDICIAL. AVÓ. DIREITO AO BENEFÍCIO.

Conquanto inexista previsão legal para a concessão de salário-maternidade àquela que detém a guarda judicial sem fins de adoção, não se pode olvidar que a avó, impedida legalmente que está de adotar, encontra-se em situação semelhante à da adotante, recebendo a criança desde tenra idade para seu cuidado e necessitando afastar-se de seu trabalho.

(TRF4, APELREEX 0024001-22.2013.404.9999, Sexta Turma, Relator Celso Kipper, D.E. 16/06/2015)

PREVIDENCIÁRIO. SALÁRIO-MATERNIDADE. GUARDA JUDICIAL. AVÓ. DIREITO AO BENEFÍCIO.

1. Conquanto inexista previsão legal para a concessão de salário-maternidade àquele que detém a guarda judicial sem fins de adoção, não se pode olvidar que no caso a avó, impedida legalmente que está de adotar, encontra-se em situação semelhante à da adotante, recebendo a criança desde tenra idade para seu cuidado e necessitando afastar-se de seu trabalho.

2. Hipótese em que deve ser reconhecido o direito ao benefício, à base de 60 dias, por se tratar de criança entre um e quatro anos de idade, ex vi do disposto no artigo 71-A, da Lei nº 8.213/91.

(TRF4, AC 0007427-55.2012.404.9999, Quinta Turma, Relator Ricardo Teixeira do Valle Pereira, D.E. 08/04/2014)

PREVIDENCIÁRIO.SALÁRIO-MATERNIDADE. AVÓ COM A GUARDA DO MENOR. ARTIGO 71-A, DA LEI Nº 8.213/91.

É devido salário-maternidade à avó que, impedida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente de adotar, está em situação semelhante à da mãe-adotante.

(TRF4, EINF 0006642-64.2010.404.9999, Terceira Seção, Relatora Vivian Josete Pantaleão Caminha, D.E. 08/11/2012)

Assim, se houver o falecimento dos pais segurados do RGPS, deve ser dada efetiva proteção à criança que se encontra em óbvia situação de risco sem o amparo de seus genitores.

8.2 Princípio da Solidariedade Social

Esse princípio está implícito na Constituição Federal e diz respeito à proteção efetiva à coletividade presente no sistema previdenciário, por meio das contribuições para gerar cobertura suficiente aos objetivos da previdência social.

Bragança (2012, p. 8) expõe que “Os atuais sistemas de proteção social têm no sentimento de solidariedade seu principal fundamento”.

Os ideais de solidariedade social estendem-se por toda legislação previdenciária, como leciona Castro e Lazzari (2013, p. 22):

Se a principal finalidade da Previdência Social é a proteção à dignidade da pessoa, não é menos verdadeiro que a solidariedade social é verdadeiro princípio fundamental do Direito Previdenciário, caracterizando-se pela cotização coletiva em prol daqueles que, num futuro incerto, ou mesmo no presente, necessitem de prestações retiradas desse fundo comum.

Como consequência do princípio da solidariedade no âmbito previdenciário, tem-se que no caso em estudo, em que há o falecimento do segurado pai ou mãe, estes estavam efetivamente contribuindo para o RGPS, assim como o novo beneficiário. Logo, nada mais justo que o sistema seja solidário em garantir o salário-maternidade remanescente àquele que cuidará da criança.

8.3 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A Constituição Federal, em seu no artigo 1º, inciso III, elenca como princípio universal, como seu fundamento, a dignidade da pessoa humana, resultando na obrigação do Estado em garantir um patamar mínimo de recursos, capaz de prover a subsistência. (SPLICIDO, 2014)

Cumprе ressaltar que o Direito realiza-se com a interpretação da lei, a qual, necessariamente, deve levar em consideração a realidade social, política, econômica e cultural da sociedade, estando sempre pautada à luz dos princípios constitucionais e direitos

fundamentais, juntamente com o método da ponderação de bens (BONAVIDES, 2004, p. 143)

Há, portanto, a necessidade de percepção do benefício do salário-maternidade para manter a dignidade tanto da criança quanto do segurado, tendo em vista a situação excepcional ocorrida.

A morte não é um evento programado, não havendo como prever tempo nem lugar. Quando o segurado falece sem deixar companheiro ou cônjuge sobrevivente, o responsável pela criança terá novos gastos e a necessidade de cuidar e se dedicar ao recém-chegado, de modo que o salário-maternidade num primeiro momento demonstra-se como o único benefício previdenciário a garantir a sobrevivência digna da criança e do novo beneficiário.

Destarte, o pagamento do salário-maternidade remanescente ao novo responsável legal pela criança vai ao encontro do princípio da dignidade da pessoa humana, garantindo ao menor e ao segurado uma proteção sem prejuízo do sustento, enquanto o segurado tiver que se ausentar do trabalho.

9 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL À CRIANÇA

Bem de ver que a legislação nacional assegurou a primazia da tutela máxima à criança, a Constituição Federal previu expressamente o amparo, reconhecendo-a como pessoa em desenvolvimento e carente de cuidados especiais, que merece a proteção da família, da sociedade e do Estado (MEIRELES, 2008, p. 12).

Vejamos:

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

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)

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) - Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, por sua vez, prevê um microsistema para proteção integral às crianças e aos adolescentes, frente à família, à sociedade e ao Estado. Assim dispõe o art. 3º do ECA:

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.

O salário-maternidade, seja em razão do nascimento de filho biológico, seja em razão da adoção, é um benefício fundamental de cunho social, que efetiva a proteção constitucional do núcleo familiar e tutela o direito do segurado ao recebimento da remuneração com afastamento do trabalho (licença-maternidade), para se dedicar exclusivamente aos cuidados do filho recém-chegado no seio familiar, sem prejuízo da continuidade do vínculo de trabalho.

Desse modo, o salário-maternidade é um verdadeiro instrumento viabilizador da efetiva proteção à família e ao desenvolvimento da criança em estágio extremamente especial da vida.

9.1 Concessão do Salário-Maternidade Remanescente no Caso de Inexistência de Cônjuge ou Companheiro Sobrevivente

O salário-maternidade remanescente visa garantir a segurança e a proteção ao risco social da maternidade aos segurados da Previdência Social, mas também ao recém-nascido e à criança, possibilitando ao segurado certo período de garantia salarial e permitindo à mãe ou ao pai os cuidados com o filho, maior aproximação e recuperação do parto.

Pode-se afirmar, portanto, que tal benefício objetiva a substituição da remuneração da segurada durante o período necessário para os cuidados com o filho, seja pela gestação ou adoção, com fulcro social na maternidade.

Nesse sentido, é de se entender que o benefício salário-maternidade é, em verdade, destinado ao filho que, vulnerável por excelência, precisa da mais ampla proteção jurídica.

Esse é o entendimento do ilustre Professor Élisson Miessa (2014. p. 228-229), sobre o tema:

O que se está buscando com o novo salário-maternidade é a proteção da criança recém-nascida ou adotada, cabendo à Previdência Social, então pagar ao segurado que tiver que afastar do trabalho para assumir o encargo de cuidar do filho em razão do falecimento do seu cônjuge ou companheiro.

Ocorre que, no âmbito do salário-maternidade remanescente, não se previu a situação da inexistência do cônjuge ou companheiro sobrevivente, deixando uma lacuna nos casos de processo de adoção por solteiros, de gravidez monoparental ou mesmo em situações em que ocorre o falecimento do pai e da mãe. Logo, deixou-se ao acaso não apenas o direito da criança, mas igualmente o direito do infante nascituro quando o segurado beneficiário vem ao óbito nessas circunstâncias.

Com o falecimento da mãe-segurada e do pai-segurado, ainda que a criança esteja viva no período do recebimento do salário-maternidade, não se garante a concessão do benefício remanescente ao ascendente ou descendente por ausência de previsão legal. Para que isso não ocorra, o julgador deve fazer uma interpretação teleológica com resultado ampliativo do art. 71-B da Lei nº 8.213/91.

Como se verifica, há prestações devidas em que já que houve o fato gerador para a concessão do benefício do salário-maternidade remanescente, o qual apenas não será pago ao guardião da criança por não ostentar o título de cônjuge ou companheiro do segurado originário (falecido).

Ora, concessão do benefício remanescente a quem está em situação semelhante à mãe ou pai se mostra a decisão mais acertada, para que possa cuidar de uma criança em tenra idade, zelar e prover, pois a criança não tem mais condições de ficar com seus pais.

Sendo assim, em relação à possibilidade de concessão do benefício de salário-maternidade remanescente ao guardião da criança, seguem as palavras do Desembargador Federal Celso Kipper, extraídas do Acórdão proferido no recurso cível nº 0024001-22.2013.404.9999/SC:

Considerando que aos avós é vedada a adoção (art. 42, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente), entende o INSS que a autora não se enquadra dentre as possíveis titulares do salário-maternidade. Isso porque a lei possibilita o deferimento do benefício apenas quando a guarda judicial tiver como objetivo futuro a adoção.

Todavia, levando em consideração que a licença-maternidade e, conseqüentemente, o salário-maternidade, tem como objetivo não só amparar a maternidade, mas também proteger a criança, propiciando as melhores condições de adaptação à família, penso que não há como interpretar a norma do citado art. 71-A de forma restritiva, como pretende o INSS.

O recém-nascido e a criança necessitam de cuidados especiais e, em respeito aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da máxima eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais, da segurança jurídica, da proteção integral do menor, da tutela ao menor, o benefício de salário-maternidade remanescente não pode apenas se preocupar com o segurado, mas principalmente com a saúde e bem-estar do filho.

Observa-se que ao longo do processo histórico previdenciário, o objetivo primordial do benefício salário-maternidade era o de proteção à mãe, quando da sua concessão, mas atualmente tem-se verificado a necessidade cada vez maior de proteger o filho.

Percebe-se que a legislação previdenciária está em evolução e sintonia com o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) e com os princípios constitucionais supramencionados, mormente o da proteção integral e preferencial do menor. Todavia, deixou uma lacuna no caso de ausência ou inexistência do cônjuge ou companheiro do segurado falecido quando a criança está viva e existe parente ou terceiro como seu guardião, que deveria ser respaldado pela legislação previdenciária, especificamente pelo benefício de salário-maternidade remanescente, com interpretação teleológica do art. 71-B da Lei. 8.213/91, que visa zelar pela criança.

A questão se demonstra tão importante que o Deputado Federal Uldurico Júnior (PTC/BA) foi sensível a essa difícil situação em que se encontram alguns segurados do INSS, e propôs o Projeto de Lei n.º 987/2015 para alteração do Art. 71-B, a saber:

O Congresso Nacional decreta:

Art. 71-B – A letra do B da lei 8213/91 passa a vigorar com a seguinte redação:

““Art. 71.

.....
 Art.71-B. No caso de falecimento da segurada ou segurado que fizer 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 e que tenha a qualidade de segurado, assim como o ascendente/descendente que declare-se legalmente responsável pela criança no caso de falecimento materno, exceto no caso do falecimento do filho ou de seu abandono, observadas as normas aplicáveis ao salário-maternidade. (incluído pela Lei nº 12.873, de 2013) (Vigência)

JUSTIFICAÇÃO

O INSS estabelece em sua legislação a garantia do auxílio maternidade para todas as mães que fazem parte do plano de previdência social do respectivo órgão.

O auxílio maternidade serve para garantir o direito das novas mães estarem junto a seus filhos para dar-lhes o cuidado necessário e essencial que esta nova etapa da vida requer.

É certo que o cuidado mencionado não restringe-se apenas à garantia do direito materno ao cuidado com o filho, mas sobretudo, à garantia de cuidado e bem-estar da criança, de amparo integral emocional e físico.

Evidencia-se que o auxílio maternidade não é amparo somente às mães, mas garantia aos filhos recém-nascidos do cuidado especial que fazem jus nesta etapa de vida extremamente frágil e dependente, com necessária e complexa adaptação à vida extra-uterina.

Com o objetivo de garantir este direito à criança recém-nascida, principalmente por todo o esforço e contribuição laboral das mães gestantes ao INSS, assim como é certo que nem sempre, infelizmente, nos casos de falecimento materno o genitor é quem fica responsável pela criança, sem olvidar nos casos nos quais ambos – pai e mãe podem ser falecidos, é que a presente proposta é apresentada para ampliar a garantia do benefício do salário-maternidade para o familiar descendente/ascendente que declara-se legalmente responsável pela criança no caso de falecimento materno durante a cobertura do benefício.

Contamos com o apoio dos demais congressistas para este importantíssimo e necessário avanço para a nossa sociedade, assim como para a sua aprovação. (Sítio da Câmara dos Deputados)

A alteração do art. 71-B vai ao encontro do que se defende neste trabalho, adaptando a legislação às necessidades sociais, suprimindo importante lacuna legal e fazendo jus aos direitos fundamentais da proteção à criança e a família.

Contudo, ainda que louvável o Projeto de Lei n.º 987/2015, entende-se que se equivoca em manter a restrição apenas aos ascendentes ou descendentes. Se a lei continuar a

limitar o recebimento por grau de parentesco, ocorrerá fatalmente a mesma restrição legal debatida nesse trabalho, ainda que em menor quantidade, pois há situações em que inexistem familiares.

Assim, independente de parentesco, àquele que esteja com a guarda de fato não deve sofrer objeção ao recebimento do benefício.

10 PRÉ-EXISTÊNCIA DE CUSTEIO

A pré-existência de custeio está umbilicalmente ligada ao princípio do equilíbrio atuarial do sistema, pois nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a respectiva forma de custeio. É o que prevê o artigo 195, §5º da Constituição Federal. (BRASIL, 1988), a saber:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

§ 5º Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

O legislador criou essa norma constitucional que reconhece a finitude orçamentária, pois a Previdência Social tem o intuito de manter condições de conceder as prestações previstas, porém, dentro do seu limite financeiro. (BRAGANÇA, 2012, p.8).

Porém, na hipótese em estudo, verifica-se que não haverá abuso caso o salário-maternidade remanescente seja concedido ao responsável pela criança, pois como mencionado no presente trabalho, uma das condições para o recebimento deste benefício é a qualidade de segurado, de modo que deve o guardião também ser segurado do RGPS da mesma forma que ocorreria com o cônjuge ou companheiro sobrevivente.

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.

O responsável pela criança teria então, que estar na condição de segurado e cumprir a carência mínima de contribuições quando necessária ao RGPS para fazer jus ao salário-maternidade remanescente, o que não prejudica de nenhuma forma os cofres da Previdência Social.

11 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisou-se o conceito e os objetivos da Previdência Social no Brasil, necessária para a proteção daqueles que estão em situações de fragilidade social, as quais são muitas vezes alheias à vontade da população, que não possui condições econômicas de superar os infortúnios da vida, como a velhice, a doença, a invalidez laboral, a maternidade inesperada, para que efetivamente se reduza as desigualdades sociais.

O caminho da legislação previdenciária desde a Lei Eloy Chaves de 1923, vem evoluindo, ampliando sua cobertura e progressivamente verificando a necessidade de expansão para amparar situações de risco social ainda não tuteladas.

A partir dessa evolução legislativa, o salário-maternidade, previsto nos arts. 71 ao 73 da Lei nº 8.213/91 é, sem dúvida, um dos mais importantes benefícios da Previdência Social, por não tutelar apenas um indivíduo de direito, mas no mínimo dois, resguardando a saúde e o bem-estar do segurado e de seu filho.

Na sequência, a importância do benefício foi demonstrada, uma vez que garante tranquilidade ao segurado que irá se ausentar do trabalho para prestar total assistência ao recém-chegado, sem perder sua remuneração.

No caso de óbito do segurado, o legislador inovou com a Lei nº 12.873/13 alterando a Lei nº 8.213/91, ao criar o salário-maternidade remanescente no art. 71-B, permitindo o recebimento durante o período correspondente entre a data do óbito e o prazo final previsto para o salário-maternidade originário em favor do companheiro ou cônjuge sobrevivente, no caso do segurado instituidor morrer, tendo em vista que a criança continua viva.

Contudo, em razão do princípio da legalidade é negado na via administrativa o salário-maternidade remanescente aos segurados que ficarem responsáveis pela criança, quando não houver cônjuge ou segurado sobrevivente, como dita o art. 71-B da Lei nº 8.213/1991. Essa lacuna leva o INSS a negar um direito fundamental ao seu segurado que fica responsável pela criança ou recém-nascido, e assim, desrespeitar os princípios norteadores do direito previdenciário, como da universalidade de atendimento, da solidariedade e também da constituição como da dignidade da pessoa humana.

Em que pese a ausência legislativa a respeito da concessão do benefício, há elementos que autorizam o Judiciário a conceder o salário-maternidade ao segurado que ficar responsável pela criança ou recém-nascido, vez que o novo salário-maternidade demonstra claramente que visa ainda mais a proteção da criança recém-nascida ou adotada.

A interpretação do art. 71-B da Lei nº 8.213/91 deve ser ampliada, dando interpretação teleológica à norma, para que o segurado responsável pela criança possa garantir a sobrevivência e o bem-estar do menor com o cuidado especial que se necessita num momento tão difícil, agravado pelo falecimento do pai e da mãe.

É possível constatar que o próprio legislativo, ciente da lacuna deixada, busca reparar a situação ao criar um projeto de lei para adequar a norma à realidade social, possibilitando que o ascendente ou descendente que ficar responsável pela criança, consiga receber o salário-maternidade remanescente, como defendido por este trabalho.

Todavia, apesar do nobre propósito do Deputado Federal Uldurico Júnior (PTC/BA) - autor do projeto de lei - demonstrou-se nesse trabalho que não deveria manter na letra da lei a restrição do recebimento do benefício pelo parentesco, para permitir que qualquer segurado do RGPS que venha a ficar responsável pelo menor, possa receber o benefício.

Dessa forma, o Judiciário deve ponderar, no caso concreto, entre as diversas garantias legislativas, buscando solucionar o problema pela via mais protetiva possível ao menor, utilizando-se dos princípios que regem a Constituição Federal e dos seguros sociais.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto . Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6. ed.. São Paulo: Malheiros, 2006, p.138

BANDEIRA, M. Adoção na prática forense. Ilhéus: Editus, 2001.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 15ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BRAGANÇA, Kerlly Huback. Manual de Direito Previdenciário. 8 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm, acesso em 26 dez de 2015.

BRASÍLIA. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 987/2015. Altera o art. 71-B da Lei nº. 8.213/91 para ampliar a cobertura de benefício do salário-maternidade para ascendente/descendente. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1195590> > . Acesso em: jan de 2016.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. Direito Previdenciário Acadêmico. 1. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

Convenções da OIT de Arnaldo Süssekind, 2ª edição, 1998. 338p. Ed. LTR.

DEZOTT, Débora Fernandes. MARTA, Taís Nader. MARCOS HISTÓRICOS DA SEGURIDADE SOCIAL.. RVMD, Brasília, V. 5, nº 2, p. 430-459. 2011.

FEBRASGO – Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia. Mortalidade Materna: Brasil é o 4º país que menos reduz no mundo. Disponível em < <http://www.febrasgo.org.br/site/?p=10885> > Acessado em: jan 2016.

IBGE: 72% dos brasileiros ganhavam até 2 salários mínimos em 2010. Uol. São Paulo, 2012. disponível em: <http://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2012/12/19/ibge-72-dos-brasileiros-ganhavam-ate-2-salarios-minimos-em-2010.htm> >. Acesso em dez 2015.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. 19. ed. Niterói, RJ: Ímpetus. 2014.

JÚNIOR, Miguel Horvath. Direito Previdenciário. São Paulo: Quartier Latin, p. 284. 2008

MARTINS, Sergio Pinto. Direito da seguridade social. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MEIRELES, Ana Cristina. A Eficácia dos Direitos Sociais. Salvador: Juspodivm, 2008.

MENEZES, Adriana. Direito Previdenciário: Coleção Técnico e Analista Tribunais. 5ª Ed. Salvador: Juspodivm. 2015.

MIESSA, Elisson. Temas Atuais de Direito e Processo do Trabalho. Ed.1. Salvador. JusPodvim. 2014.

MUSSI, Cristiane Miziara. Salário-maternidade: inovações da Lei nº 12.873/2013. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4298, 8 abr. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/32375>>. Acesso em: dez. 2015.

RUSSOMANO, Mozart Victor. Comentários à Consolidação das Leis da Previdência Social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

SIMÕES, Alexandre Gazetta. A concretização do direito à seguridade social como fundamento da dignidade da pessoa humana. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 102, jul 2012. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11758&revista_caderno=20>. Acesso em fev 2016.

SPLICIDO, Christiane. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o direito à prova em face à Lei Orgânica da Assistência Social. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 89, jun 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9662&revista_caderno=20>. Acesso em dez 2015.