

A PROTEÇÃO DA MATERNIDADE / PATERNIDADE NA PREVIDÊNCIA SOCIAL BRASILEIRA E AS NOVAS CONFIGURAÇÕES FAMILIARES: ENTRE TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS E LIMBOS

Elio Martins de Paula Jr.¹

Heloísa Helena Silva Pancotti²

INTRODUÇÃO



Constituição Federal da República Federativa do Brasil, ao tratar da Previdência Social, comprometeu-se em proteger a maternidade, especialmente a gestante. Tal proteção consubstancia-se no benefício chamado de salário maternidade. Por intermédio da pesquisa bibliográfica, no âmbito deste trabalho, pretende-se analisar a evolução legislativa deste benefício no Brasil, desde a ratificação da Convenção nº 3 da OIT. A partir desta análise, confrontá-la com a construção jurisprudencial que tem se realizado nos Tribunais com a finalidade de inserir no contexto do benefício, as novas configurações familiares e os modelos de maternidade/paternidade modernos.

Seria possível evoluir no contexto legislativo de forma a diminuir a litigiosidade de pleitos relativos ao benefício? Um olhar ao passado poderia mostrar o caminho a ser trilhado no futuro? Quais os riscos sociais protegidos pelo salário

¹ Graduando em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Servidor Público Federal.

² Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) sob a orientação do Prof. Dr. Renato Bernardi. Professora de Direito do Trabalho e Seguridade Social- UENP (2019) FADAP-FAPI Tupã/SP. Advogada e Consultora Jurídica. Mestre em Direito pelo UNIVEM-Marília.

maternidade e de forma os princípios norteadores da previdência social podem ser empregados na solução administrativa dos pedidos? Ao final apresentaremos jurisprudências que demonstrem a evolução jurisprudencial no tange às novas configurações modernas de família e como estas conquistas influenciaram as normas administrativas previdenciárias.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Podemos indicar o marco inicial do salário maternidade, ainda que de forma rudimentar ao que hoje se apresenta, a Convenção nº 03 da OIT. A Convenção foi convocada em Washington em 1.919, porém somente foi ratificada pelo Brasil em abril de 1.934.

Protegia as mulheres, segundo definição do artigo segundo, designando como tal toda pessoa do sexo feminino, qualquer que seja a idade ou a nacionalidade, casada ou não e o termo filho, os legítimos ou não. À época eram considerados ilegítimos, todos os filhos havidos fora do casamento.

No entanto, somente as trabalhadoras dos estabelecimentos industriais ou comerciais poderiam acessar a proteção que consistia na proibição do trabalho nas seis semanas posteriores ao parto, e no direito ao afastamento nas seis semanas anteriores, além do recebimento durante sua ausência, de quantia paga por um sistema de seguros que fosse suficiente para os cuidados de manutenção em boas condições de higiene de mãe e filho. Além disso, a convenção estabeleceu o direito a dois intervalos de meia hora para amamentação do filho, para as que aleitavam.

Estabeleceu-se também o direito ao pagamento de benefício e afastamento às gestantes de risco que tivessem as capacidades laborativas reduzidas, assim como a vedação à demissão da gestante durante os períodos de afastamentos autorizados. Estabelecia ainda, um prazo máximo até 01 de julho de 1.922 para os países ratificantes implementarem junto aos sistemas

legislativos nacionais as normas e tomarem as providências para a implementação das condições para a efetivação.

O Brasil somente ratificou a convenção em 1.934 e na prática somente adotou o salário maternidade em 1.943 com a entrada em vigor da CLT. De acordo com a redação original do artigo 392 da CLT, o afastamento era e seis semanas antes e seis semanas depois do parto e o artigo 393 determinava que o pagamento deveria ser realizado pelo empregador, no valor da média dos últimos seis meses de salário.

A introdução do salário maternidade como uma das prestações oferecidas pela Previdência Social somente se deu em 1.974 (ANSILIERO, 2007) e somente as seguradas empregadas podiam acessar o benefício.

A Convenção 103 da OIT veio revisar a Convenção 103 de modo a expandir o rol de beneficiárias, já que deixava muito claro desde o artigo primeiro que se aplicava às mulheres empregadas em empresas industriais, bem como às mulheres empregadas em trabalhos não industriais e agrícolas, assim como às mulheres assalariadas que trabalham em domicílio. Outra modificação significativa trazida pela convenção 103 se deu no artigo II que conservou as definições de mulher, porém, quanto às definições de filho passou a considerar toda criança nascida de matrimônio ou não, tornando superadas as questões relacionadas à legitimidade ou não da prole.

O Brasil ratificou esta convenção em 1.965, havia nela a recomendação para que o benefício fosse pago por um sistema de seguros obrigatórios ou mediante pagamentos realizados por fundos públicos, conforme visto anteriormente, isso somente se materializou no Brasil nove anos depois.

A Convenção 103 foi revisada pela OIT pela Convenção 183 de 2.000. O Brasil ainda resiste em ratificar o texto. Podemos destacar dentre as principais modificações em relação ao texto anterior, o conceito de mulher. A mulher a ser protegida passa a ser entendido como qualquer pessoa do sexo feminino,

sem qualquer discriminação. A nova definição tornou sujeito de direitos as mulheres transgêneras e não somente aquelas que se identificam com o gênero atribuído ao nascimento, que são as cisgêneras, tradicionalmente já protegidas pelas normas de proteção. Outra alteração importante se deu na definição do que se entendia por filho. O termo filho foi substituído pelo termo criança, que passou a ser entendida na concepção mais ampliada e tornou proibida qualquer discriminação com relação a ela.

Tornou no artigo 2º, sujeitas de direito todas as mulheres empregadas, mesmo as trabalhadoras em formas atípicas de trabalho dependente. Outros ganhos puderam ser percebidos no novo texto, como o aumento do período mínimo de afastamento remunerado de 12 para 14 semanas, a manutenção da licença compulsória de 6 semanas pós parto.

Tornou o direito às prestações pecuniárias às mães não seguradas, garantidos pelos fundos de assistência social. Incluiu por força do artigo 9 a obrigatoriedade de que cada membro adote medidas de garantia que a maternidade não constitua uma causa de discriminação no emprego, com inclusão de acesso ao emprego, proibição de realização de exames gestacionais prévios como um quesito necessário à uma vaga de emprego, a menos que a função represente um risco para a saúde da gestante ou do filho.

Mesmo tendo se passado 20 anos de sua edição, a Convenção 183 não foi ratificada pelo Brasil, não tendo incorporado no nosso sistema normativo.

Desta forma, os maiores avanços com relação ao salário maternidade se deram com a promulgação da Constituição Federal de 1.988. Isso porque o salário maternidade passou a ser um direito social e um direito das populações urbanas e rurais.

Os princípios constitucionais relativos ao Direito Previdenciário, dos quais destacamos a universalidade de cobertura e atendimento e o da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais, materializaram o

dever de incluir todas as classes de seguradas da Previdência Social no rol protetivo.

Martins (2013, p.60) define o princípio da universalidade como as contingências que deverão ser cobertas pelo sistema, e que impossibilitam que o segurado tenha meios de se sustentar e aferir renda, como por exemplo, a doença, a invalidez e mais precisamente com relação ao escopo deste trabalho, a gestação, seja ela de risco ou não. O mesmo autor aponta que a universalidade de atendimento tem referência direta com as prestações que os segurados necessitam, de acordo com a previsão legal. Naquilo que diz respeito à uniformidade e equivalência que passou a relacionar as populações urbanas e rurais, este princípio representou nacionalmente um grande avanço que tornou seguradas da previdência social as mulheres lavradoras seguradas especiais.

Por mais que existam diferenças quanto à apuração do valor dos benefícios, a orientação deste benefício representou a visibilidade e a valorização do trabalho da mulher no meio rural, especialmente as seguradas especiais.

No Brasil, o salário maternidade é um benefício de caráter transitório, sendo a principal prestação previdenciária de proteção ao trabalho da gestante.

Para dar cumprimento às disposições constitucionais, conforme lição de ANSILIERO (2007);

[...] a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, em sua redação original, estabeleceu que o salário-maternidade era devido por cento e vinte dias, com início 28 dias antes do parto e a ocorrência deste, sem exigência de número mínimo de contribuições (carência), no valor da remuneração integral, sem limite de valor, no caso da segurada empregada e trabalhadora avulsa, e correspondente ao valor do último salário-de-contribuição, no caso da empregada doméstica. O benefício era pago pela empresa, no caso da empregada, que efetivava a compensação quando do recolhimento das contribuições sobre a folha de salários e, nos demais casos, pela Previdência Social.

Para a segurada especial, a materialização do direito ao

benefício somente se deu com o advento da Lei 8.861/94, assim como para as avulsas, domésticas, especiais. Para as contribuintes individuais e as facultativas, o direito ao salário maternidade se deu com a edição da Lei 9.876/99.

As mães adotantes obtiveram o direito à percepção do benefício de salário maternidade se deu em 10.421/2002. A norma previa que era devido o benefício para as adotantes ou as que obtiveram guarda judicial para fins de adoção de criança, com as seguintes ressalvas:

- Caso a criança tivesse até um ano de idade, o benefício teria 120 dias.
- Caso a criança tivesse entre um e quatro anos de idade, o benefício teria 60 dias.
- Caso a criança tivesse entre quatro e oito anos de idade, o benefício teria 30 dias.

As mães adotantes de crianças com mais que oito anos de idade não fariam jus ao benefício previdenciário. O cenário continuava longe de atender as necessidades sociais dos segurados da Previdência Social, vez que as famílias monoparentais adotivas compostas somente de um pai e as adoções tardias não estavam protegidas.

Outra abordagem importante é a das contingências cobertas pelo salário maternidade. Ao analisar a Lei 8213/1991 e o decreto 3048/1999 (este último em especial os artigos 93 e 93-A), percebe-se que este é um benefício concedido em especial às seguradas (e em alguns casos ao segurado também) da Previdência Social nos eventos sociais de parto (inclusive o antecipado e o de natimorto), aborto (não criminoso), adoção ou guarda judicial para fins de adoção.

Tal benefício, de prestação transitória, passou a ter duração de 120 dias em razão das alterações promovidas pela Lei 12.873/2013, corrigindo uma grande assimetria de tratamento que havia na legislação anterior com relação à distinção da duração do benefício em caso da ocorrência da maternidade adotiva em relação à maternidade biológica.

No caso do evento parto, a contagem pode se iniciar exatamente na data do evento, provada perante pelo INSS com a certidão de nascimento ou óbito, mas pode iniciar também até 28 dias antes do evento (através de atestado médico, sem necessidade de passar pela perícia do INSS), e perdurar por mais 92 dias (incluído o dia do parto). Cabe destacar ainda com relação a este evento:

- Que a cobertura é pelo evento, parto, independente da quantidade de filhos nascidos; assim sendo, o nascimento de um filho, gêmeos, trigêmeos ou mais filhos enseja a concessão de um único benefício;
- Em casos excepcionais que envolvam situações de risco para o feto ou para a mãe, os períodos de repouso anterior e posterior a o parto podem ser aumentados em duas semanas, mediante atestado médico específico, que neste caso, é apreciado pela Perícia Médica do INSS.

No caso de aborto não criminoso, o evento é comprovado mediante a apresentação de atestado médico, e o benefício terá duração de duas semanas. Com relação a esse evento, considera-se aborto não criminoso, os seguintes casos:

- O aborto involuntário;
- Quando não há outro meio de salvar a vida da gestante (CP, art. 128, I);
- Quando a gravidez resulta de estupro (CP, art. 128, II);
- Interrupção da gravidez de feto anencéfalo, julgada na ADPF 54/DF, de 12/04/2012;

A Lei 12.873 que converteu a lei a Medida Provisória 619/2013, alterou a regra para as mães adotantes, consoante a introdução do artigo 71- A:

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.

Tal dispositivo legal trouxe equivalência de tempo de benefício para as adoções tardias e abriu caminho para as uniões homoafetivas, vez que a redação do parágrafo segundo supra, deixa claro a possibilidade de requerimento do benefício para apenas um dos cônjuges ou companheiros.

Por definição estabelecida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e a adoção ou guarda judicial para fins de adoção de crianças maiores que doze anos não ensejará a concessão do referido benefício.

Com relação ao evento adoção/guarda para fins de adoção, convém destacar ainda que:

- O benefício é concedido, independente de a mãe biológica ter recebido o benefício em decorrência do parto, mas apenas um segurado (do casal adotante) poderá receber o benefício em decorrência do mesmo processo de adoção, ainda que os cônjuges ou companheiros sejam (os dois) segurados do RGPS. Ou seja, se a guarda ou adoção é em conjunto, o benefício é concedido em relação a apenas um dos adotantes.
- Quando a adoção ou guarda judicial para adoção envolver mais de uma criança para o mesmo processo, é devido um único salário-maternidade relativo à criança de menor idade.
- É indispensável que conste da nova certidão de nascimento da criança, ou do termo de guarda, o nome do segurado adotante ou guardião, bem como, deste último, tratar-se de guarda para fins de adoção. A ausência de tais informações nos documentos, não sanadas em sede de cumprimento de carta de exigência do INSS ao requerente, é motivo de indeferimento do benefício, ainda que preenchidos demais requisitos.
- No caso de falecimento da segurada ou segurado que fizer jus ao recebimento de salário-maternidade, o benefício será pago, por todo o período ou pelo tempo restante a que teria direito, a o cônjuge ou companheiro sobrevivente que detenha a qualidade de segurado, exceto no caso do falecimento do filho ou seu abandono.

2. DA JURISPRUDÊNCIA COM RELAÇÃO AOS

NOVOS MODELOS FAMILIARES.

As modificações legais que visavam atender às modernas reivindicações dos novos modelos familiares foram rapidamente recepcionadas pela jurisprudência dos Tribunais, que passaram a ver com a mesma importância na vida das famílias a presença dos pais no caso das famílias homoafetivas.

Destaca-se a importância das alterações promovidas pela Lei 12.873/13, já que a partir de sua edição, pais adotantes em famílias homoafetivas tiveram acesso ao benefício previdenciário, conforme se observa pelo acórdão a seguir:

DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DIREITO DE EXTENSÃO DO SALÁRIO E DA LICENÇA-MATERNIDADE AO PAI, A PARTIR DA GUARDA JUDICIAL, ADOTANTE, EM FAMÍLIA HOMOAFETIVA. DANOS MORAIS. OCORRÊNCIA, NO CASO. QUANTUM DEBEATUR. MANUTENÇÃO. DANOS MATERIAIS. HONORÁRIOS CONTRATUAIS DE ADVOGADO CONSTITUÍDO PELA PARTE. IMPOSSIBILIDADE. DIREITO DE RESPOSTA. AUSÊNCIA DE AMPARO LEGAL A TAL PRETENSÃO, IN CASU. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. MANUTENÇÃO, NOS TERMOS DO R. DECISUM A QUO. APELAÇÃO DO INSS PROVIDA EM PARTE. RECURSO ADESIVO DA PARTE AUTORA DESPROVIDO. 1 - A inexistência de disposições legais expressas não impede que o magistrado supra lacunas por meio da analogia. 2 - Tendência do direito moderno de proteger as várias formas de famílias e os interesses das crianças e adolescentes. Princípios com sede constitucional. Esta tute da Criança e do Adolescente. Estatuto da Primeira Infância. 3 - Ao pai solteiro, com guarda judicial, para fins de adoção, em contexto familiar homoafetivo, deve ser estendido o direito ao salário-maternidade e à licença-maternidade. 4 - A presença do genitor na infância é essencial ao desenvolvimento do recém-adotado. Negar a este o direito da presença de seu pai neste crucial momento da vida é violar o princípio da isonomia material, tendo em vista que as famílias homoafetivas devem dispor do mesmo tratamento dispensado às demais configurações familiares contemporâneas. 5 - A finalidade dos institutos das

licenças parentais é privilegiar o desenvolvimento do infante, tendo prevaemente a natureza extrapatrimonial. 6 - A jurisprudência caminha no sentido de favorecer os interesses da família e da criança ao interpretar a aplicação, na prática, dos referidos institutos. [...] (TRF 3ª Região, SEGUNDA TURMA, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 2178723 - 0000844-49.2015.4.03.6128, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO, julgado em 08/10/2019, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/10/2019).

A jurisprudência sobre a matéria relativiza inclusive o princípio *Tempus Regit Actum* a bem do interesse da proteção da família e da infância qualquer que seja a sua composição. Por mais que o direito do pai de uma relação homoafetiva somente tenha surgido com o advento da Lei 12.873/2013, existe jurisprudência que autoriza o pagamento mesmo que o evento tenha se dado antes da entrada em vigor do mandamento legal autorizador.

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. SALÁRIO-MATERNIDADE. SEGURADO HOMEM. ADOÇÃO DE CRIANÇA OU ADOLESCENTE. PRIMAZIA DO INTERESSE DO MENOR. ISONOMIA ENTRE FILHOS. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PROTEÇÃO À FAMÍLIA CENTRADA NO INTERESSE DOS FILHOS MENORES. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO DO INSS DESPROVIDAS.

1 - A Constituição reconhece como direitos sociais, a fim de assegurar-los, inclusive mediante cobertura da Previdência Social, a proteção à maternidade e à infância (artigos 6º, 7º, XVIII, e 201, II). No âmbito do Regime Geral da Previdência Social, foi previsto o benefício de salário-maternidade, a ser concedido de acordo com os ditames legais, observando-se o princípio *tempus regit actum*. 2 - Em sua redação original, a Lei de Benefícios da Previdência Social previu a possibilidade de concessão do salário-maternidade tão somente às seguradas empregada, trabalhadora avulsa e empregada doméstica (artigo 71). Com a vigência, em 28.03.1994, da Lei n.º 8.861/94, a seguradora especial passou a constar do rol das beneficiárias do salário-maternidade, sendo-lhe devido o benefício no valor de um salário mínimo (artigo 39, parágrafo único, da LBPS). Em 29.11.1999, com a vigência da Lei n.º 9.876/99, todas as

seguradas do RGPS, independente de sua classificação, passaram a ter direito ao benefício. A partir de 16.04.2002, com a vigência da Lei n.º 10.421/02, que incluiu o artigo 71-A na Lei n.º 8.213/91, o benefício também passou a ser devido no caso de adoção ou obtenção de guarda judicial para fins de adoção de criança. Com a vigência da Lei n.º 12.873/13, em 25.10.2013, também se garantiu direito ao salário-maternidade ao segurado, e não apenas à segurada, que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança.³ - Discute-se, no caso concreto, a possibilidade de concessão do benefício ao segurado do homem, que adotou ou obteve guarda judicial para fins de adoção de criança no período anterior à vigência da Lei n.º 12.873/13. 4 - A questão é de alta relevância, eis que demanda do julgador, na solução do conflito - que revela algo muito além de embate de um determinado indivíduo, mas, sim, social -, uma efetiva compreensão do arcabouço constitucional de proteção à infância e à família, assim como da finalidade dos institutos da adoção, das licenças maternidade e paternidade e do benefício previdenciário denominado salário-maternidade. 5 - Não resta dúvida que a sociedade brasileira passou por profundas transformações na dinâmica familiar, em um espaço de tempo extremamente curto. Em menos de meio século passamos de uma noção de família hierarquizada, centrada em torno do casamento entre um homem e uma mulher, na qual cumpria àquele o pátrio poder, para um conceito extremamente plural de família, com observância prioritária do interesse dos filhos menores. Homens e mulheres passaram a ter o mesmo papel na hierarquia familiar e os filhos a gozar dos mesmos direitos, independentemente de serem havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção; há pais ou mães solteiros; temos os relacionamentos homoafetivos etc. 6 - O direito não é estático, nem absoluto, e, tal como a sociedade, também deve evoluir no tempo. O mundo se encontra em constante mudança e o processo civilizatório não pode ser ignorado pelo Judiciário apenas porque os textos legais não a acompanham a velocidade da dinâmica social. A própria forma como percebemos a magnitude dos direitos garantidos por nossa Constituição evolui com o passar do tempo, reflexo de nosso próprio crescimento como civilização. Nesse contexto, os princípios constitucionais tem particular relevância a fim de nortear a aplicação do direito aos fatos concretos. 7 - A Constituição da República

promulgada em 1988, que representou um marco jurídico significativo da transformação da sociedade brasileira, é voltada à garantia dos direitos do homem. Além de assentar o respeito à dignidade humana e à igualdade, garantiu a especial proteção do Estado a diversos direitos sociais, dentre os quais merecem destaque a infância e a família. Tida como base da sociedade (artigo 226, caput, da CF), a família foi conceituada como uma comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (§ 4º), lembrando que homens e/ou mulheres são iguais entre si na entidade familiar (§ 5º), bem como que não há distinção entre os filhos (artigo 227, § 6º). Atribuiu-se (artigo 227 da CF) como 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. 8 - É justamente no âmbito desses direitos que se tem o instituto da adoção, haja vista que, independentemente das situações que as colocaram sob adoção, todas essas crianças e adolescentes têm o direito de serem criados e educados no seio de uma família. É precisamente esse direito da criança ou adolescente à convivência familiar que, estruturalmente, justifica as licenças gestante e paternidade e o benefício previdenciário de salário maternidade. Não é o interesse dos pais que se tem em mente, mas, sim, prioritariamente, o da criança ou adolescente. Não há dúvida que mães e/ou pais querem estar em período integral com seus filhos, recém-nascidos ou adotados, a fim de lhes propiciar o necessário acolhimento no seio familiar. Porém, o que se deve manter em foco é que a proteção especial do Estado se dá em favor das crianças ou adolescentes que adentram a entidade familiar, a fim de que, ao permitir esta estabilidade de emprego com respectiva remuneração aos pais e/ou mães, estes possam propiciar a quele imprescindível acolhimento na família. [...] (TRF 3ª Região, SÉTIMA TURMA, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 356124 - 0007346-04.2013.4.03.6183, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO, julgado em 23/09/2019, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/10/2019)

Outro ponto que é importante destacar é que existem condições muito específicas a serem consideradas, pois a

jurisprudência mais moderna passou a considerar uma contingência social o direito da criança em conviver com a família no início do estabelecimento dos laços familiares, sejam adotivos, afetivos ou consanguíneos.

Nos julgamentos dos Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 982.460/AC, e do RE 778.889/RG onde se objetivava a equiparação dos períodos de afastamento entre licença adotante (como se convencionou chamar o benefício requeridos pelos pais ou mães adotivos) e licença maternidade, além de se firmar a tese de que *“Os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante, o mesmo vale para as respectivas prorrogações”*, consolidou-se o entendimento da primazia do bem estar do menor como uma contingência social a ser protegida pelos regimes previdenciários.

Asseverou-se que nos casos de adoção, quanto maior o período em que as crianças estiveram internados em instituições de amparo, tanto maior seria o período necessário para a adaptação do menor à nova família, inadmitindo-se tratamento assimétrico entre relações de maternidade/paternidade entre filhos biológicos ou adotados.

Outra contingência social moderna destacada pela jurisprudência é a necessidade da mulher em compatibilizar os afazeres de profissão e maternidade, ainda que esta ocorra pela via da adoção, ainda que se dê tardiamente.

O STF considerou a importante mutação constitucional advinda da realidade social e nova compreensão do alcance dos direitos do menor adotado, que superou a jurisprudência do antigo entendimento do STF.

Modernamente prevalece, além da primazia dos interesses dos menores, a necessidade de se proteger o emprego, por intermédio da estabilidade e a remuneração, não somente da mulher que dá a luz a um recém nascido, mas a teor do entendimento exteriorizado pelo Ministro Barroso em seu voto, *por força da isonomia entre os filhos, da dignidade da pessoa*

humana e da primazia do interesse do menor, ser estendidos a todo adotante, homem ou mulher, seja o adotado criança ou adolescente.

O benefício é oferecido pela Previdência Social, portanto, contribuído, superando os argumentos contrários da parte contrária sobre a falta de precedente fonte de custeio do que se convencionou chamar de licença adotante ou até mesmo de uma licença maternidade oriunda de processos de reprodução assistida em lares familiares compostos por duas mães. O novo entendimento rompeu com o conceito de maternidade para incorporar de forma explícita o conceito de parentalidade.

No entanto, havia ainda uma dificuldade a ser vencida, vez que o Direito Previdenciário tem várias zonas escuras onde o segurado pode ficar desprovido da proteção social, ainda que tenha contribuído regularmente ao sistema, o que chamamos de Limbos.

3. DO LIMBO DO SALÁRIO MATERNIDADE/ LICENÇA ADOTANTE DO CONTRIBUINTE INDIVIDUAL E DO MEI

O benefício se destina àqueles que até a ocorrência de um dos eventos sociais descritos anteriormente (fato gerador ensejador do benefício), que ostente qualidade de segurado (contribuições ao RGPS), ou mesmo sem contribuições atuais, esteja em período de manutenção da qualidade de segurado (período de graça), assim como o cumprimento da carência exigida em Lei para as classes de segurados do RGPS, porém mister se faz destacar a obrigatoriedade do afastamento das atividades laborais após a ocorrência de uma das contingências sociais cobertas pelo benefício de salário maternidade.

Porém é preciso atentar, no caso dos segurados facultativos, MEI e Contribuintes individuais que, no período de afastamento, não se deve contribuir à Previdência Social, sob pena de

ter o benefício indeferido, sobretudo aos que recorram à via judicial após indeferimento administrativo do pleito.

Os indeferimentos nestas condições são frequentes, muito embora a maioria verta as contribuições por medo de perder a qualidade de segurado.

Para essas classes de contribuintes, se presume a atividade pelo recolhimento das contribuições, assim, uma vez vertida a contribuição, para a Previdência Social houve o trabalho. No âmbito administrativo, é muito comum que haja o indeferimento, em casos semelhantes. Assim, normalmente a questão tem encontrado solução no Poder Judiciário que tem relativizado o hermetismo da relação entre trabalho/contribuição, para uma interpretação mais ampla, vez que para o segurado, a questão é complexa em demasia e ára os cofres públicos, não há prejuízo, senão vejamos:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. REMESSA OFICIAL. NÃO CABIMENTO. ART. 496, § 3º, I, NCPC. SALÁRIO-MATERNIDADE. LEGITIMIDADE PASSIVA DO INSS. PRELIMINAR REJEITADA. MANUTENÇÃO DA QUALIDADE DE SEGURADA. CUMPRIMENTO DA CARÊNCIA. RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS APÓS O PARTO. CONTRIBUINTE INDIVIDUAL. AUSÊNCIA DE PRESUNÇÃO DE QUE A AUTORA ESTARIA TRABALHANDO. REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS. BENEFÍCIO DEVIDO. [...] Extraí-se da norma insculpida no art. 72 da lei nº 8.213/91, que a responsabilidade pelo pagamento do salário-maternidade é do INSS. Trata-se de benefício previdenciário, concedido e custeado pela autarquia previdenciária, cumprindo ao empregador tão somente o pagamento de dito benefício, com direito à compensação, quando do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos. Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada. [...]

- Não merece prosperar a alegação da autarquia previdenciária de que a requerente não se afastou das atividades laborativas durante o período em que teria direito ao gozo do salário-maternidade. Isso porque o fato de a autora haver recolhido contribuições como contribuinte individual após o parto, ocorrido

em 09/2014, não comprova que ela se encontrava, necessariamente, trabalhando no período. Proteção constitucional à maternidade. Segurada não pode ser prejudicada pelo recolhimento de contribuições. Precedente desta E. Corte. [...] (TRF 3ª Região, 9ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5042117-42.2018.4.03.9999, Rel. Juiz Federal Convocado VANESSA VIEIRA DE MELLO, julgado em 12/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 18/12/2019).

Da mesma forma, outro limbo jurídico pode se formar para as classes de contribuintes que são os responsáveis pelos recolhimentos das verbas sociais, como os segurados MEI, facultativos e contribuintes individuais, que diz respeito aos recolhimentos em atraso. A contagem da carência somente se inicia a partir da primeira contribuição em dia, assim os contribuintes que vertem contribuições em atraso podem ter problemas com a validação das competências e apesar de ter efetuado os recolhimentos, não conseguir junto à previdência social o deferimento do pedido. Para tais situações, é aconselhável a realização das retificações do CNIS com o recolhimento das multas e juros competentes no mesmo ato em que se dá o pedido administrativo de benefício previdenciário.

No entanto, caso tal possibilidade não seja viável, o poder judiciário tem entendimento favorável à segurada, especialmente em casos em que não tenha se ultrapassado o prazo de pagamento da competência imediatamente posterior. Nestes casos, de acordo com o melhor entendimento jurisprudencial, presume-se a boa fé do contribuinte.

PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. SALÁRIO-MATERNIDADE. CONTRIBUINTE INDIVIDUAL. CARÊNCIA. REAQUISIÇÃO DA QUALIDADE DE SEGURADA. RECOLHIMENTOS EM ATRASO. BOA-FÉ. CORREÇÃO MONETÁRIA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.
- Recolhimentos feitos em atraso não podem ser computados para fins de carência, nos termos do art.27, II, da Lei nº 8.213/91.

- A autora, contribuinte individual, readquiriu a qualidade de segurada, com possibilidade de cômputo dos recolhimentos com atraso porque não foi ultrapassado o prazo de pagamento

da competência imediatamente posterior, em todos os meses computados para efeito de carência. Presunção de boa-fé do contribuinte.

- Termo inicial do benefício fixado na data do parto.

- Parcelas vencidas e acrescidas de correção monetária a partir dos respectivos vencimentos e de juros moratórios a partir da citação.

- Correção monetária a ser aplicada em conformidade com a Lei n. 6.899/81 e legislação superveniente, de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, observados os termos do julgamento final proferido na Repercussão Geral no RE 870.947, em 20/09/2017, ressalvada a possibilidade de, em fase de execução do julgado, operar-se a modulação de efeitos, por força de decisão a ser proferida pelo STF [...] (TRF 3ª Região, 9ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5001786-39.2018.4.03.6112, Rel. Desembargador Federal MARISA FERREIRA DOS SANTOS, julgado em 13/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 17/12/2019)

Outro limbo existente diz respeito aos adirentes aos programas de contribuintes de baixa renda, que não se atentam à necessidade de validar as contribuições periodicamente.

Naquilo que diz respeito ao MEI, deve-se suspender as contribuições referente ao período de percepção do salário-maternidade (carnê) ou recolher somente as rubricas referentes aos tributos não previdenciários quando somarem R\$10,00 (MEI), voltando a contribuir normalmente, se for o caso, após o término do gozo do referido benefício. O cuidado evita indeferimentos no âmbito administrativo.

Tais preciosismos ocultos na legislação podem constituir óbice à fruição do benefício uma vez que, não presentes as condições para validação das contribuições dos MEI ou facultativos de baixa renda (renda superior à estabelecida na lei), é imperioso corrigir a classificação e complementar os valores das contribuições previdenciárias. Recomenda-se que a validação se dê ao menos anualmente.

CONCLUSÃO

Os benefícios de proteção à parentalidade, salário maternidade, licença parental são importantes instrumentos de proteção à infância, capaz de garantir a integração da infante no seio familiar e proteger o trabalho das famílias.

Existe ainda um longo caminho a ser percorrido, especialmente com relação aos labirintos legais que por vezes, impedem o acesso à fruição do benefício muito embora tenha havido contribuições suficientes para o cumprimento da carência e afastamento do trabalho.

Ainda que tenha sofrido transformações desde a sua criação na Convenção 3 da OIT até os dias atuais, é preciso atentar o núcleo essencial do benefício que se relaciona intimamente com a proteção do trabalho, muito embora o entendimento atual do STF tenha compreendido que houve até mesmo a alteração da contingência social a ser protegida que seria a proteção da integração da criança com a família, não se simplesmente superar o entendimento anterior. Talvez a melhor interpretação seja a da ampliação das contingências a serem protegidas, vez que o benefício se justifica até mesmo ante a ocorrência do aborto não criminoso.

Quanto à sua eficácia como instrumento protetivo do trabalho da genitora/genitor/adotante, nos tempos modernos, muito tem se discutido se não fosse mais oportuno estendê-los a todos os pais. Vez que garantir a convivência com apenas um dos pais talvez não seja o ideal para o infante, já que naturalmente afasta um dos envolvidos na relação familiar do convívio e consequentemente do precioso vínculo criado pelo cuidado diário.

Outrossim, haveria a diminuição dos índices de desemprego materno pós final do período de estabilidade. Não se pode falar de inexistência de precedente fonte de custeio, já que o benefício existe e somente pode ser fruído por contribuintes do sistema de previdência social. Desde que houve a ampliação do entendimento sobre as contingências sociais no caso deste

benefício, não se justifica o pagamento para apenas um dos pais biológicos ou adotivos.

Muita evolução foi sentida desde a sua concepção para atender as reivindicações da sociedade, porém é ainda primordial seguir evoluindo, não tardar a ratificar a Convenção 183 da OIT e privilegiar o vínculo familiar de forma inclusiva, não somente a um dos pais.

O salário maternidade/paternidade e a licença adotante tem sido um poderoso instrumento de proteção à infância, é de suma importância o seu aprimoramento.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANSILIERO, Graziela. *Histórico e Evolução Recente da Concessão de Salários Maternidade no Brasil*. Informe de Previdência Social, volume 19, número 02, fev/2007. Disponível em http://sa.previdencia.gov.br/site/arquivos/office/3_090213-144507-483.pdf. Acesso em 25/12/2019.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 03 jan. 2020.
- BRASIL. *Lei 8213/91*. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/8213cons.htm. Acesso em 03 jan. 2020.
- BRASIL. *Lei 8861/94*. Dá nova redação aos artigos 387 3 392 da CLT, altera os artigos 12 e 25 da Lei 8.212/91 e os arts. 39, 71, 73 e 106 da Lei 8.213/91, todos pertinentes à licença maternidade. Brasília, DF. Disponível em

<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1994/lei-8861-25-marco-1994-349761-norma-pl.html>. Acesso em 03 jan. 2020.

BRASIL. *Lei 9876/99*. Dispõe sobre a contribuição previdenciária do contribuinte individual, o cálculo do benefício, altera dispositivos das Leis 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Brasília. DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9876.htm. Acesso em 03 jan. 2020.

BRASIL. *Lei 12.873/2013*. Autoriza a [...]. Brasília, DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12873.htm. Acesso em 03 jan. 2020.

CONVENÇÃO da *OIT n° 3* relativa ao Emprego das Mulheres antes e depois do parto. 29 de outubro de 1.919, ratificada pelo Brasil em 26 de abril de 1.934. Disponível em https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_234869/lang--pt/index.htm. Acesso em 03 jan. 2020.

CONVENÇÃO da *OIT n° 103* relativa ao Amparo à Maternidade. 7 de junho de 1958, ratificada pelo Brasil em 18 de junho de 1.965. Disponível em https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235193/lang--pt/index.htm. Acesso em 03 jan. 2020.

CONVENÇÃO da *OIT n° 183* relativa ao Amparo à Maternidade. 30 de maio de 2.000, não ratificada pelo Brasil. Disponível em https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEX-PUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312328. Acesso em 03 jan. 2020.