

## **APLICAÇÃO DA IGUALDADE DE GÊNERO NA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DE SALÁRIO -MATERNIDADE.**

Vanessa Érica da Silva Santos

*(Universidade Federal de Campina Grande-UFCG,vanessa.erica@hotmail.com)*

**Resumo:** A partir da análise dos requisitos da concessão do benefício de Salário -maternidade, discute-se a possibilidade de concessão do referido benefício ao gênero masculino, a partir da relevância dos direitos de igualdade de gênero, que deve ser observada na edição de todas as leis, fazendo uma análise legislativa e jurisprudencial acerca do tema. Fazendo um recorte para o homem ter igualdade de direitos em determinadas hipóteses com a análise da legislação previdenciária avaliando as características e requisitos do salário maternidade, confrontando com decisões judiciais que adotaram a referida tese defendida, principalmente nas hipóteses em que a mulher não manteve a guarda com a transferência da criação para o pai, bem como por realizar uma interpretação extensiva acerca da adoção como fato gerador para concessão do benefício, dando uma nova roupagem ao bem protegido para concessão do benefício, de forma a ser justa a extensão ao gênero masculino. As Decisões em concreto, preceituam a aplicação da isonomia de gêneros, fundamentando-se, nos princípios da dignidade humana e da proteção à criança, salvaguardados na Constituição Federal, focando para que as necessidades e inclusão social da criança deve prevalecer sobre o sentido estrito da lei previdenciária.. Ao final, chegou-se a conclusão, que o benefício deve ser examinado ao caso concreto, não apenas com a letra fria da lei, com ponderação para aplicação dos princípios constitucionais, concedendo em determinados casos o benefício ao homem, partindo do pressuposto que o destinatário direto do benefício é a criança.

**Palavras-chave:** Isonomia de gênero. Salário maternidade. Decisões judiciais

### **1- INTRODUÇÃO**

A Seguridade social brasileira é garantida através da Previdência, que por meio de ações públicas, procuram garantir a subsistência frente aos riscos previstos na legislação. Em meio a essas garantias previdenciárias, tem-se o salário-maternidade o qual é concedido à mulher em razão do parto ou, ainda, nos casos de adoção, o qual visa além de proteger a saúde da mulher parturiente, a necessidade de acobertar os gastos com outro membro familiar. Portanto, inicialmente preceitua que não se refere a incapacidade laborativa da mulher, mas sim em respeito a situação de risco social previsto na Lei previdenciária.

Partindo dessa abordagem inicial, a referida pesquisa discutirá a possibilidade jurídica de concessão do salário maternidade ao gênero masculino com fundamento na igualdade de gênero frente a uma situação análoga. Se verificará a análise legislativa, doutrinária e jurisprudencial do salário-maternidade, demonstrando a relevância da extensão do direito ao homem, inclusive fazendo uma abordagem da própria nomenclatura adequada para o benefício, a qual seria mais

adequada tratar por licença remunerada para o exercício da criação do menor, identificando as situações cabíveis e os requisitos necessárias à concessão.

No Brasil, embora haja diversas pesquisas sobre o benefício do salário maternidade em si, não há uma ampla abordagem acerca da distinção do gênero, sendo escassa a doutrina e jurisprudência acerca do tema, o que causa maior relevância de aprofundamento.

Para alcançar os objetivos da pesquisa será utilizado o método dedutivo tomando por base a legislação previdenciária, desenvolvendo um estudo do salário-maternidade sob a ótica da igualdade de gênero e, por via de consequência a possibilidade jurídica de extensão deste benefício previdenciário ao homem. O método de pesquisa será a documentação indireta o qual será empregada para análise de Leis, jurisprudência e estudos de artigos e periódicos científicos que tratam do salário-maternidade, para estabelecer a possibilidade de se garantir a igualdade de gênero em situação casual.

## **2- Da fundamentação de proteção do benefício à criança e não exclusivamente a figura materna, ensejando uma discriminação de gênero.**

Ao longo da história, sentiu-se a necessidade de proteção ao Estado puerperal que a mulher passa em razão da gestação, bem como a garantia de acompanhamento materno a criança nos primeiros meses de vida da criança, garantindo a mãe o direito de receber o mesmo salário de quando estava laborando. Assim o salário-maternidade está previsto na Constituição Federal, além da previsão infraconstitucional da Lei previdenciária nº 8.213/91, que em seu art. 71 garante à segurada da Previdência Social o recebimento desse benefício durante os dias correspondentes ao seu afastamento. In verbis:

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

A partir da análise legislativa, percebe-se que o benefício é concedido apenas à segurada do INSS, correspondendo ao valor do salário de contribuição.

O problema da referida previsão se verifica no fato de que mesmo com a previsão constitucional de isonomia de direitos entre gêneros, inexistente previsão legal em tal artigo sobre a

possibilidade de extensão do benefício ao homem que, por impossibilidade da mulher, tiver que prestar assistência ao filho no lugar desta.

Segundo Pimenta (2013) o direito se modificou sucessivamente no transcorrer do tempo, consolidando o entendimento de que é essencial resguardar a saúde da gestante e, sobremaneira, proporcionar à criança maiores cuidados, bem como sua inserção social durante os primeiros meses de vida.

A partir dessa celeuma a aplicação do dispositivo foi ao poucos modificada permitindo aos Tribunais posicionamentos inovadores, capazes de abarcar situações excepcionais como a concessão do salário maternidade ao homem. Assim sob a ótica da Constituição Federal e das Leis Previdenciárias que se analisa a possibilidade de concessão do salário-maternidade, bem como sob a aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente, que salvaguarda a proteção à criança e possibilita, neste termos, a extensão do salário maternidade ao homem com fulcro no princípio da isonomia visando a igualdade de gênero e o benefício indireto do filho por meio do pai.

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

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

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei.(...)

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante.

Vejamos os requisitos previstos da Lei de nº 8.213/91, para concessão do benefício:

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

Art. 71-A. À segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança é devido salário-maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias, se a criança tiver até 1(um) ano de idade, de 60 (sessenta) dias, se a criança tiver entre 1

(um) e 4 (quatro) anos de idade, e de 30 (trinta) dias, se a criança tiver de 4 (quatro) a 8 (oito) anos de idade.

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

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

§ 1º Cabe à empresa pagar o salário-maternidade devido à respectiva empregada gestante, efetivando-se a compensação, observado o disposto no art. 248 da Constituição Federal, quando do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço.

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

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

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

- I - em um valor correspondente ao do seu último salário-de-contribuição, para a segurada empregada doméstica;
- II - em um doze avos do valor sobre o qual incidiu sua última contribuição anual, para a segurada especial;
- III - em um doze avos da soma dos doze últimos salários-de-contribuição, apurados em um período não superior a quinze meses, para as demais seguradas.

A Consolidação das Leis Trabalhistas-CLT prevê um capítulo específico para tratar sobre a proteção da mulher nos artigos 372 a 401, incluindo entre estes um título que versa sobre a maternidade e, assim, sobre a garantia durante o afastamento de cento e vinte dias a que é submetida à gestante. Criou-se o Programa Empresa Cidadã através do qual possibilitou a prorrogação do período de concessão da licença maternidade de cento e vinte dias para cento e oitenta dias, com a promulgação da Lei nº 11.770 de 09 de setembro de 2008, proporcionando mais um avanço na legislação em busca de garantir proteção a saúde da mulher e a, criança, maiores cuidados à medida que possibilita mais tempo de contato com a mãe.

O ponto importante para fundamentação da tese de igualdade de gênero é o fato de a legislação prever, ainda, a concessão do salário-maternidade em razão da adoção ou guarda para fins de adoção, tendo em vista que é o art.7º, XVIII da Constituição prevê apenas o benefício para mulheres em virtude da gestação, motivo pelo qual em uma análise estrita, a adotante não passa

pelo processo de gestação, e não teria o direito. No entanto, a legislação se atualizou para o fato de que a adotante tem o dever de cuidar da criança na mesma proporção da mãe biológica, devendo dedicar os mesmos esforços ao menor. Se verificando assim a necessidade de proteger a adotante frente ao mercado de trabalho, pois, constituiria óbices ao empregador mulheres adotantes ou com pretensões de adoção.

A Lei nº 10.421/2002 incluiu o art. 71-A à Lei nº 8.213/91 concedendo o salário-maternidade a adotante. Na verdade, não deveria se nomear de salário-maternidade, já que não houve gestação, mas apenas licença remunerada, custeado pelo INSS, e nesse momento previa tempo de concessão do benefício sendo proporcional a idade da criança. No entanto, a Lei 12.873/2013, revogou as condições anteriormente previstas passando a igualar o tempo de recebimento tanto em caso de gestação, como em caso de guarda e adoção. Vejamos: “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”.

Analisando a legislação se pode concluir que o objetivo principal é proporcionar à criança a adaptação ao novo lar e as pessoas. Assim, vê-se que o salário-maternidade traz em si uma função social de assistência à mulher e à criança. Grande polêmica se põe diante da utilização do termo “segurada”, com gênero feminino, estabelecido pela legislação, pois, ao abarcar a proteção da adoção, deveria também abarcar o gênero masculino para concessão de tal benefício ao segurado, tendo em vista que enfrentará os mesmos obstáculos passados pela mulher adotante.

O novo contexto de constituição de família no mundo globalizado, necessita de atualização da legislação previdenciária para assegurar a igualdade de gênero em questões que se verifique a mesma situação de fato que acabam tendo que recorrer as vias judiciais para ter sua efetiva aplicação com base na isonomia e no direito de proteção da criança, como já se verificou em concessão, por via judicial, do salário-maternidade ao pai pela impossibilidade da mãe cuidar da criança.

Prudentemente, Martins (2007,p. 45) lembra Rui Barbosa (1952, p.32), quando discorre que:

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

A partir dessa análise, verifica-se a necessidade de haver uma lógica para tratar a diferenciação de gênero para concessão de direitos, devendo ser realizado essa diferenciação quando pelas circunstâncias sejam necessárias para dar o verdadeiro significado de isonomia. Feitas essas considerações, observa-se que o caso de concessão do salário-maternidade ou na verdade de Salário- paternidade ou simplesmente uma licença remunerada ao pai deve ser levado em consideração quando este assume o dever de cuidado do filho em condições iguais à mãe, ao mesmo tempo em que permanece a necessidade da criança.

Atualmente não se vê aplicação desse entendimento na via administrativa através do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), sob a alegação de que a Legislação previdenciária não prevê o homem como beneficiário.

É necessário lembrar que a composição familiar sofreu grande alteração ao longo dos anos, inserindo o homem em muitas situações como o responsável pelo cuidado e criação dos filhos, geralmente nos casos em que fica com a guarda da criança, nas mais variadas situações causais. Assim, diuturnamente é dado ao judiciário o papel de tentar corrigir as imperfeições legislativas, na tentativa de assegurar a aplicação dos princípios constitucionais como forma mais justa de aplicação da justiça.

Analisando as decisões judiciais, verificou-se que no Brasil, o primeiro caso de concessão do salário-maternidade ao pai aconteceu na 5ª Subseção Judiciária do Estado de São Paulo em Campinas-SP em que o juiz Rafael Andrade de Margalho concedeu, em sede de medida cautelarem15/08/2012 no Juizado Especial Federal da 3ª Região o direito de receber o salário-maternidade por um período de cento e vinte dias custeado pelo INSS. No referido caso o pai da criança que era segurado da previdência e tinha a responsabilidade de cuidar da sua filha após o abandono pela mãe da mesma, a qual teve sua guarda concedida judicialmente. Apreciou-se a alegação de que estaria com limitações financeiras para cuidar da criança, pois não teve o direito a Licença paternidade nos moldes da licença maternidade concedida a mulher.

Nesse contexto, em aplicação ao princípio da isonomia e da proteção à infância, o Juiz Federal inovou a jurisprudência no campo previdenciário deferindo o pedido de concessão do salário-maternidade ao pai, uma vez que a mãe abandonou a criança, e esta também é beneficiária direta do salário-maternidade. Estabeleceu na sentença que a sua decisão foi pautada nos ditames constitucionais, no qual citou a igualdade de direitos entre homens e mulheres, conforme o art. 5º: “Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à

igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição. “

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

Cabe registrar também o semelhante julgado encontrado por Rezende (2013) com outro caso de concessão de salário-maternidade ao pai confirmou o entendimento jurisprudencial sobre essa discussão, concedendo o benefício de salário maternidade ao pai que passou a cuidar do filho em razão de morte da mãe. O mesmo impetrou Mandado de Segurança com pedido de liminar perante a 6ª Vara da Justiça Federal para pleitear judicialmente a concessão da licença-maternidade ao pai pela impossibilidade da mãe cuidar da criança (julgado número 6965-91.2012.4.01.3400). A juíza Ivani Silva da Luz, acatou o pedido de liminar diante das provas de direito apresentadas e a urgência do pai em cuidar do filho recém-nascido, além de outra filha do casal de dez anos de idade. Julgou no sentido de preservar os ditames constitucionais, mencionando na sentença que a licença maternidade é um direito social resguardado pelo art. 227 como dever do Estado de ativamente proporcionar o pleno desenvolvimento da criança. Neste sentido, defende que a família é base da sociedade e goza de proteção do Estado (art. 226, CF/88), alegando a isonomia entre o homem e a mulher na gestão da sociedade conjugal e na criação dos filhos.

Pode-se então ter em mente que embora não exista previsão legal e constitucional de licença paternidade nos moldes da licença maternidade, esta não deve ser negada ao genitor, porque o fundamento deste direito é proporcionar à mãe período de tempo integral com a criança, possibilitando que sejam dispensados a ela todos os cuidados essenciais a sua sobrevivência e ao seu desenvolvimento, devendo ser assegurado o mesmo direito ao gênero masculino, por não haver nenhuma razão plausível para tal distinção.

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

Assim, importante registrar o posicionamento de Pimenta (2013), que conclui que não assegurar a igualdade na concessão dos benefícios aos gêneros feminino e masculino pela

imprevisibilidade da norma infraconstitucional, ficaria nítido a percepção de inconstitucionalidade material da norma, autorizando um controle de constitucionalidade repressivo e jurisdicional em que o juiz ou Tribunal, analisando o caso concreto atinentes aos interesses de autor e réu, pode deixar de aplicar a norma previdenciária pela averiguação de inconstitucionalidade e julgá-la adequando a constituição.

### 3- CONCLUSÃO

Após as pesquisas realizadas, chega-se a conclusão que mesmo inexistindo previsão legal para igualar o recebimento do salário maternidade ao salário paternidade, este benefício deve analisado ao caso concreto e ser concedido com fundamento no princípio da isonomia garantindo dessa forma a igualdade de gêneros através da efetivação do direito material previsto na Constituição Federal em que o homem e a mulher são iguais em direitos e deveres. Assim, diante do novo contexto familiar, em que o homem possui um papel cada vez mais atuante no seio familiar e nos casos em que ele tem a responsabilidade de cuidar diretamente dos filhos, surge uma nova realidade social, na qual o gênero não deve ter distinções, diante da igualdade de deveres para cuidar de determinada criança, sendo o mesmo bem protegido e portanto, não justificando a desigualdade de tratamento.

Prevalece a norma constitucional que prevê a isonomia como princípio que norteia o ordenamento jurídico constitucional. Assim, a partir da análise do art. 5º, I que os homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações merecem tratamento igualitário da legislação previdenciária no que concerne ao recebimento do salário-maternidade quando o pai assume o dever de prestar assistência no lugar da mãe, pautando-se para assegurar os direitos do destinatário final que é a criança, como vem estabelecendo os julgados, não deve-se pautar, para fins de concessão do benefício pela letra fria da lei, pois há de se lembrar que o Estado deve garantir ao pai condições suficientes para cuidar do filho, inclusive, permitindo uma interpretação diferenciada da norma para que a criança seja beneficiada, do contrário, seria uma violação a estes preceitos constitucionais.

Assim, defende-se que, mesmo diante da inexistência de previsão na legislação previdência se deve garantir ao pai que cuida diretamente do filho a concessão do salário-paternidade nos mesmos moldes do Salário-maternidade, considerando-se que o direito em disputa se referente aos



cuidados com a criança, bem como, a isonomia entre homens e mulheres com fulcro na igualdade de gênero

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

#### 4- REFERÊNCIAS

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

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

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

\_\_\_\_\_.Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del5452.htm>>. Acesso em: 24 de Agosto de 2017

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

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

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

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

\_\_\_\_\_.Lei nº 11.770/2008, de 09 de setembro de 2008 Brasília, DF: Senado Federal

\_\_\_\_\_. Lei 12.873/2013, de 24 de Outubro de 2013. Brasília, DF: Senado Federal.

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

NEIVERTH, Elisabeth Mônica Hasse Becker ; MANDALOZZO, Silvana Souza Netto. **A Licença-Maternidade e sua Ampliação Facultativa**. Disponível em: <<https://www.trt9.jus.br/portal/arquivos/1608671>>. Acesso em: 24 de Agosto de 2017.

PIMENTA. Marília de Lima. **Possibilidade Jurídica de concessão de Salário Maternidade ao homem como instrumento garantidor da igualdade de Gênero**. Sousa, 2013.

RESENDE. Maria Bandeira dos Santos. **A licença paternidade equiparada à licença maternidade como instrumento de concretização à dignidade da pessoa humana**. Brasília, 2013. Disponível em : <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/5103/1/RA20940104.pdf>>. Acesso em: 24 de Agosto de 2017.