



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**RENAN DE ARAÚJO FÉLIX**

**SALÁRIO-MATERNIDADE: ATUALIDADES DA CONCESSÃO ADMINISTRATIVA  
E JUDICIAL**

**FORTALEZA**

**2014**

**RENAN DE ARAÚJO FÉLIX**

**SALÁRIO-MATERNIDADE: ATUALIDADES DA CONCESSÃO ADMINISTRATIVA  
E JUDICIAL**

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Dra. Theresa Rachel Couto.

**FORTALEZA**

**2014**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação  
Universidade Federal do Ceará  
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

- 
- F316s Félix, Renan de Araújo.  
Salário-maternidade: atualidades da concessão administrativa e judicial/ Renan de Araújo Félix. – 2014.  
40 f. : enc. ; 30 cm.
- Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2014.  
Área de Concentração: Direito Previdenciário.  
Orientação: Profa. Dra. Theresa Rachel Couto.
1. Licença-maternidade - Brasil. 2. Remunerações extra-salariais - Brasil. 3. Previdência social - Brasil. I. Couto, Theresa Rachel (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

---

CDD 344.51

**RENAN DE ARAÚJO FÉLIX**

**SALÁRIO-MATERNIDADE: ATUALIDADES DA CONCESSÃO ADMINISTRATIVA  
E JUDICIAL**

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovada em: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_\_\_.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Profa. Dra. Theresa Rachel Couto (Orientador)  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Profa. Ma. Camila Siqueira  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Mestrando Eduardo Marcelo de Negreiros Freitas  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

A Deus.

Aos meus pais.

## AGRADECIMENTO

Em um primeiro momento gostaria de agradecer a Deus pela saúde e pela iluminação nos momentos difíceis. Gostaria de dedicar esse trabalho, bem como todas as demais conquistas pessoais a minha mãe, Luiza Maria de Araújo Lima, pessoa que dispendeu inenarrável esforço na minha formação educacional e moral, a quem nutro profunda gratidão e admiração, aos meus irmãos e meu pai, pelo auxílio prestado ao longo dos anos, desde os tempos de colégio, ressaltando a especial influência do meu Irmão, Lennon de Araújo Félix, no tocante a minha escolha pelo direito e a minha irmã, Lívia de Araújo Félix, pela sua paciência e dedicação.

Reputo igualmente meus sinceros agradecimentos à minha orientadora, Professora Theresa Rachel Couto, não apenas pelas oportunidades concedidas ao longo do curso, mas, sobretudo, pela sua simplicidade atinente ao exercício da docência, reduzindo este distanciamento tão comum entre o corpo docente e discente.

A Dr. Eduardo e a Camila, pela disponibilidade em fazer parte da presente banca.

Ao meu grande amigo e companheiro de madrugadas de estudo Professor Valdecir Cunha, pessoa que de grande estima que é sem dúvida fonte de inspiração pela cultura e honestidade.

À Natália Parente pelos incentivos e ajuda na produção desse trabalho.

Por fim e não menos importante, aos meus amigos, especialmente Isaac Rodrigues e Raphael Franco, aos colegas de trabalho e a todos aqueles que fizeram parte desse processo de enorme valia, em especial a figura do Dr. Roberto Arruda, pela minha primeira oportunidade de estágio.

À servidora Cristianny Maia, pela disponibilidade e pelo intento em ajudar os graduandos.

Aos meus colegas servidores, pela enorme paciência em tempos de monografia, em especial Michelly Ximenes, Thomas Jônio, Mauro Thuabay e Francisco Lennon.

“Com efeito, o seguro social, imposto por normas jurídicas emanadas pelo poder estatal, caracteriza uma intervenção do Estado na economia e na relação entre particulares. E não é outra a função do poder estatal, senão a de assegurar o bem comum entre os particulares.”  
(Vladmir Novaes Martinez)

## RESUMO

O salário-maternidade é um instituto previdenciário de considerável relevância social, especialmente em razão da proteção à maternidade e aos direitos do trabalhador consagrados na Constituição Federal de 1988. O presente trabalho intenta permear a evolução histórica do benefício, buscando alcançar um conceito doutrinário e avaliar os princípios que o influenciam, compulsando as divergências sobre sua natureza previdenciária ou trabalhista. Pretende também a pesquisa descrever a aplicação do instituto na prática, destacando as peculiaridades do trâmite administrativo respectivo, a mudança de entendimento sobre a aplicação do benefício, o pagamento por meio do sistema de reembolso e os impactos na estabilidade trabalhista da gestante na percepção do benefício, discorrendo também acerca da instrução autárquica que o regulamenta, vislumbrando as características gerais e algumas singularidades da concessão do benefício para os diferentes tipos de segurado especial.

**Palavras-chave:** Salário-maternidade. Estabilidade da gestante. Responsabilidade de pagamento do benefício.

## ABSTRACT

The maternity benefit is a pension institute of considerable social importance, especially considering the protection of motherhood and the rights enshrined in the Federal Constitution of 1988 workers. This paper tries to permeate the benefit historical evolution, seeking to achieve a doctrinal concept and evaluate the principles that influence that, verifying the disagreements on its nature as security or labor benefit. The research also aims to describe the application of the institute in practice, highlighting the peculiarities of the respective administrative proceeding, the change of understanding on the implementation of benefit payments through the reimbursement system and the impacts on the stability of labor in pregnant women perceived benefit expatiates also on the municipal statement that regularly, seeing the general characteristics and some singularities of eligibility for different types of specially insured.

**Keywords:** Wage and maternity. Stability of pregnant woman. Responsibility for payment of the benefit.

## SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	DO SALÁRIO MATERNIDADE.....	13
2.1	Evolução histórica do salário-maternidade .....	13
2.2	Princípios constitucionais correlatos.....	15
2.2.1	<i>Universalidade da cobertura e do atendimento.....</i>	16
2.2.2	<i>Princípio da Solidariedade.....</i>	17
2.2.3	<i>Princípio da Seletividade e distributividade na prestação dos serviços e benefícios.....</i>	19
2.2.4	<i>Princípio da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais.....</i>	20
2.2.5	<i>Princípio da autonomia da Vontade.....</i>	20
2.3	Aspectos gerais do benefício.....	21
2.3.1	<i>Da diferença entre licença Maternidade e Salário-maternidade.....</i>	22
2.3.2	<i>Do fato Gerador e beneficiários.....</i>	23
2.3.3	<i>Da carência.....</i>	24
2.3.4	<i>Da Responsabilidade pelo pagamento do benefício.....</i>	25
2.4	Programa Empresa cidadã.....	26
3	SISTEMÁTICA DE PAGAMENTO DO BENEFÍCIO À SEGURADA EMPREGADA.....	28
3.1	Estabilidade: conceito.....	31
3.1.1	<i>Estabilidade da gestante na seara constitucional.....</i>	32
3.1.2	<i>Estabilidade da gestante entendimento jurisprudencial.....</i>	32
4	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	36
	REFERÊNCIAS.....	38

## 1 INTRODUÇÃO

A proteção social tem sua gênese, sobretudo, com o advento do Estado social, remontando a essa época o arcabouço principiológico que rege Previdência Social na atualidade. Em meados do século XIX e início do Século XX, opera-se a transição de um caráter exclusivamente assistencialista do Estado para uma postura de proteção do trabalhador, por meio de um sistema jurídico próprio, mediante contribuição, o qual protegia trabalhador e seus dependentes dos chamados riscos sociais (CASTRO e LAZZARI, 2013, p. 25).

O processo de constitucionalização do Direito Previdenciário veio a fortalecer as relações previdenciárias, erigindo ao patamar de norma fundamental os princípios basilares da proteção e da seguridade, a exemplo da constituição Alemã e da Mexicana que ampliaram significativamente o alcance das prestações.

No Brasil, o marco inicial da Previdência Social consistiu na Lei Eloy Chaves de 1923, sendo esta sucedida por diversas legislações que ampliaram a gama de benefícios e a própria cobertura aos riscos sociais, estando na atualidade primordialmente subsidiada pelas leis 8.212/1991 e 8.213/91 que regem respectivamente o custeio e os benefícios da Previdência Social (MARTINEZ, 2011).

O Direito Previdenciário, enquanto ramo do direito público, ainda é objeto de constantes dúvidas, inclusive doutrinárias, quanto a sua independência e fontes próprias. De fato, é notório que este ramo do direito guarda íntima relação com o Direito do Trabalho, sendo que, por vezes, as relações regidas por aquele apresentam consequências indissociáveis dos atos e contratos regidos por este. No entanto, é o mesmo liame que une as ciências que residem e exsurgem conflitos de tutela e disposição normativa aplicável.

O salário-maternidade, benefício objeto da presente pesquisa, sofreu grandes modificações no que tange ao fato gerador e aos seus beneficiários ao longo dos anos, sendo muitas dessas modificações oriundas de alterações na interpretação da legislação ou ainda nos conceitos fundamentais como o de união estável e de família, os quais guardam íntima relação com as prestações da Previdência Social.

O questionamento central do presente trabalho se dá quanto à celeuma existente no dever de adimplir o salário-maternidade quando a gestante, no caso de

rescisão contratual unilateral imotivada promovida pelo empregador, ostenta estabilidade prevista no art. 10º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, porém, não a pleiteia em juízo, exurgindo verdadeira dissonância quanto à responsabilidade de pagamento.

Nesse esteio, conforme a Instrução Normativa 45 descabe à Autarquia a prestação em face da responsabilidade indenizatória presente na relação contratual, porém, a potestatividade inerente ao direito de ação pode suprimir o adimplemento pelo empregador, situação *sui generis* que promove uma hipótese de inviabilidade de percepção administrativa do benefício, compelindo o acesso necessário à via judicial com fulcro na solução da lide.

Nesse arfa, urge a necessidade de esposar-se da legislação, conceitos doutrinários e jurisprudenciais, à luz dos ditames constitucionais, com o fito de analisar aspectos de procedibilidade do benefício do salário-maternidade no âmbito administrativo, junto ao Instituto Nacional do Seguro Social-INSS, e nas decisões judiciais.

Desse modo, o presente trabalho encontra-se dividido em três capítulos, sendo o primeiro responsável pela introdução histórica do benefício, incluindo a “transição de tutela” que sofreu com o benefício após o advento das normas Previdenciárias propriamente ditas, em detrimento da tutela trabalhista, sempre fazendo o cotejo necessário com a doutrina trabalhista, haja vista a íntima relação que o benefício em tela guarda com o dispositivo da estabilidade provisória da licença-maternidade.

No segundo momento discute-se o arcabouço principiológico correlato ao benefício, os princípios constitucionais expressos e aqueles que são inatos à consecução dos direitos sociais no âmbito de um Estado protetivo. Faz o aporte ainda no presente capítulo da diferenciação existente entre o instituto da licença-maternidade e o salário-maternidade com fulcro nos posicionamentos contemporâneos da doutrina a recente alteração legislativa

São discutidos ainda conceitos básicos relativos ao benefício em questão: fato gerador, tutela securitária, prorrogação do prazo de concessão, programa empresa cidadã, colacionando a ainda a jurisprudência atinente ao tema.

No último é abordada a procedibilidade no âmbito da Autarquia, a impossibilidade da consecução administrativa do benefício quando a segurada está

em período de estabilidade e tem o seu contrato de trabalho resilido unilateralmente por iniciativa do empregador. Busca-se demonstrar que os mecanismos de reembolsos instituídos pela lei promovem a comodidade da requerente segurada empregada na grande maioria das vezes, mas que pode gerar uma situação em que a segurada seja obrigada a demandar a Autarquia judicialmente em face da incompetência da autarquia atribuída no art. 296 da Instrução normativa nº 45.

Por fim, não é objetivo do presente trabalho esgotar a discussão sobre a temática, mas trazer à baila as reiteradas situações hodiernas deflagradas na Autarquia em que os segurados têm o direito rechaçado em face das vicissitudes burocráticas existentes no trâmite administrativo de nosso país.

.

## **2 DO SALÁRIO-MATERNIDADE**

O presente trabalho não tem por objetivo dissecar os conceitos e desdobramentos acerca do benefício em questão, tratar-se-á como fora dito na introdução da restrição administrativa imposta pela Instrução Normativa Nº45 à percepção do benefício pela segurada empregada. No entanto, em nada pode prosperar um estudo que não calque suas bases no arcabouço principiológico e na evolução histórica do benefício.

Nesse sentido, antes de adentrar ao tema propriamente dito, fazem-se necessários os apontamentos colacionados logo abaixo.

### **2.1 Evolução histórica do salário-maternidade**

A Previdência Social apresenta como marco inaugural a Lei Eloy Chaves, de 1923, no entanto não teve caráter previdenciário o primeiro benefício destinado à parturiente, conforme o escólio de Castro e Lazzari (2013, p. 816), que afirmam:

A Consolidação das Leis do Trabalho foi o primeiro normativo legal a garantir o descanso remunerado da gestante, antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego e do salário, pelo período de quatro semanas antes do parto e oito semanas após (art. 392).

De fato, embora representasse um avanço no âmbito da proteção da mulher no mercado de trabalho, ainda estava o benefício a cargo do empregador, imiscuindo-se o Estado da sua função protetiva social. Ratifica Martinez (2011), que apenas com o advento da lei 6.136/1974 é que a licença à maternidade passara a ter um caráter previdenciário. Neste período, ainda era discutível a abrangência da cobertura, haja vista não contemplar as categorias de segurado especial, contribuinte individual e facultativo, que permaneceram alheios ao ordenamento até meados de 1994, quando foram incluídos com a instituição de legislação específica.

Na seara constitucional, a constituição de 1967 foi a primeira a tratar da proteção à maternidade, erigindo a disposição no bojo de seu artigo 158, XVI.

Art 158 - A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social:  
[...]

XVI - previdência social, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, para seguro-desemprego, proteção da maternidade e, nos casos de doença, velhice, invalidez e morte;

Com o advento da Constituição de 1988, o Estado brasileiro passou a dar especial proteção à maternidade, colimando tal disposição nos seus artigos 6º, 7º, XX, bem como normas privativas da previdência social no bojo do artigo 201, III, e a estabilidade conferida pelo artigo 10º do Ato das disposições Constitucionais Transitórias ADCT, senão 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. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

Art. 201 Os planos de previdência social, mediante contribuição atenderão, nos termos da lei a:

[...]

III – proteção à maternidade, especialmente à gestante;

Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

[...]

b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto (BRASIL, 1988).

Nesse esteio, sob a ótica de Bonavides (1993, p. 299), a nova Constituição, dentre todas as constituições brasileiras, foi a que mais procurara inovar tecnicamente em matéria de direitos fundamentais, tomando para si a busca pela compatibilidade do Estado Social com o Estado de Direito por meio da fruição de novas garantias constitucionais de direito objetivo e subjetivo.

Após a promulgação da nova constituição, as demais categorias de segurados da previdência social passaram a ser beneficiários do Salário-Maternidade, havendo a extensão em 1994, com a lei 8.861, à segurada especial que passara a perceber o benefício no valor de um salário mínimo quando comprovado o exercício da atividade por um período de 12 meses. Em 1999, a lei 9.876 passou a reconhecer o benefício à contribuinte individual e facultativa, passando a ter período de carência próprio (dez meses) e o adimplemento junto ao próprio INSS.

A lei 10.421/2002 ampliou os direitos a percepção do benefício em caso de adoção, estabelecendo os critérios revogados havia pouco pela atual legislação. Foi conferido o direito ao benefício à segurada que adotasse criança com idade de até oito anos, percebendo na proporção de 120 dias quando o infante encontra-se em idade de até um ano, reduzir-se-ia ao patamar de 60 dias quando a criança encontra-se na faixa etária compreendida entre um e quatro anos, e 30 dias quando compreendida entre quatro e oito anos. (CASTRO e LAZZARI, 2013).

Inobstante observar a decisão proferida em sede de agravo de instrumento que permitiu a percepção de salário maternidade pela segurada empregada após a resilição contratual, contrapondo o disposto no art. 97 do decreto 3048/99, vejamos o disposto na ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. SALÁRIO-MATERNIDADE. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. MANUTENÇÃO. ARTS. 71 E 26, VI, DA LEI Nº 8.213/91.

1. Presentes os pressupostos necessários à concessão do benefício, cabível o provimento antecipatório.
2. Se a autora, quando do nascimento da criança, ainda mantiver a condição de segurada obrigatória, fará jus ao benefício de que trata o art. 71 da Lei nº 8.213/91, não obstante esteja desempregada.
3. O inciso VI do art. 26 da Lei nº 8.213/91, ao dispor que o benefício de salário-maternidade é devido às seguradas empregada, trabalhadora avulsa e empregada doméstica independentemente de carência, apenas está diferenciando a situação dessas seguradas em relação à das seguradas especiais e avulsas, para as quais, nos termos do art. 25, III, o salário-maternidade depende da comprovação de carência.

A novel alteração operada pela lei 12.873/2013 será objeto de estudo em capítulo próprio, haja vista a necessidade de análise mais acurada no tocante ao contexto histórico jurisprudencial em que se operou a mudança na legislação.

## **2.2 Princípios constitucionais correlatos**

Importante salientar que os princípios colimados na Constituição Federal, especialmente aqueles presentes no título que trata da seguridade social, são sempre basilares e utentes aos propósitos dos benefícios previdenciários, no entanto, é cediço que cada espécie de benefício reclama a incidência maior de um ou outro. Nesse esteio, sobrelevam-se nesse trabalho aqueles que maior importância denotam no âmbito da instituição do Salário-Maternidade, não rechaçando a influência dos demais.

Insta que, antes de se perquirir quais são os princípios que fundamentam a aplicação do Salário-Maternidade, faz-se necessária uma conceituação doutrinária, ainda que superficial, do que vem a ser um princípio, fomentando uma maior compreensão dos ditames previdenciários.

Nesse sentido, Ávila (2011, p.78) anota que a finalidade é característica ínsita aos princípios, que estes são ainda eivados de parcialidade e tem por objetivo a complementaridade, aduzindo por fim, que a aplicação destes deve estar velada à avaliação da correlação entre o estado das coisas a ser promovido e a decorrência da conduta havida à sua propositura.

De fato, sucinta análise permite apontar a finalidade enquanto ideário a ser impulsionado pelos princípios, sendo concretizável apenas na realização concreta de determinados atos, emergindo nesse ponto o seu caráter complementar, qual seja, são de suma importância na tomada da decisão, mas a esta tem apenas o condão de contribuir.

Castro, Lazzari e Kravchychyn (2014, p. 21), citando Miguel Reale, discorrem sobre princípios como: “enunciados admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõe o campo do saber”.

Na seara da aplicação Martinez (2001, p. 41) assim distingue os princípios de intenções:

Os princípios não se confundem com votos de intenções, diretrizes comuns às declarações. Não são programas volitivos, os quais são linhas ainda mais gerais e dificilmente vêm a se consubstanciar em fontes formais de direito. Os votos de propósitos e os desideratos, por sua generalidade e altitude, devem permanecer no campo elevado das proposições.

Com efeito, a conceituação trazida à baila tem por escopo introduzir o conceito geral de princípio, sendo tão somente supedâneo axiológico necessário à disposição dos princípios jurídicos previdenciários correlatos ao benefício do Salário-Maternidade.

### **2.2.1 Universalidade da Cobertura e do Atendimento**

Previsto no artigo 194, I da CRFB/88, a universalidade da cobertura e do atendimento tem por vistas, garantir o amparo do indivíduo em face das contingências sociais, sendo dividido ainda sob dois aspectos: objetivo e subjetivo.

No primeiro, cuida-se da intenção de abranger todas as contingências sociais enquanto o aspecto subjetivo relaciona-se aos titulares do direito.

Para Fabio Zambite Ibrahim (2011, p. 66):

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. Obviamente, este princípio é realizável, na medida em que recursos financeiros suficientes são obtidos. Não há como se criarem diversas prestações sem o custeio respectivo. A universalidade será atingida dentro das possibilidades do sistema.

Com efeito, além da previsão de custeio próprio como consentâneo à aplicabilidade do princípio da universalidade da cobertura e do atendimento, necessária se faz a compatibilização do dispositivo à realidade contributiva da previdência social. Leitão e Meirinho, (2013, p. 50), momento esse em que emerge a diferença existente entre o referido princípio e o princípio da universalidade de participação nos planos previdenciários. De fato, o último possibilita uma espécie de universalidade velada, haja vista ser inclusiva ao ponto de permitir a inserção de setores menos favorecidos da população, sendo restritiva quanto ao fato de imputar contribuição, mesmo que reduzida como fator condicionante dessa inclusão.

Ainda na seara da universalidade da cobertura e do atendimento, Castro e Lazzari (2013, p. 91) infirma ser perfeitamente conjugável a filiação compulsória do sistema previdenciário, senão vejamos:

Conjuga-se a este princípio aquele que estabelece a filiação compulsória e automática de todo e qualquer indivíduo trabalhador no território nacional a um regime de previdência social, mesmo que “contra a sua vontade”, e independentemente de ter ou não vertido contribuições; a falta de recolhimento das contribuições não caracteriza ausência de filiação, mas inadimplência tributária, e, diante do ideal de universalidade, não merece prevalecer a interpretação de que, “ausente a contribuição, não há vínculo com a Previdência”.

### **2.2.2 Princípio da Solidariedade**

Apesar de não figurar topograficamente no título da ordem social, o princípio da solidariedade, art. 3º, I, é o carreador necessário do Regime Geral de Previdência Social, RGPS, haja vista ser inerente ao sistema de repartição simples adotado pelo RGPS, ou seja, sem a solidariedade os chamados benefícios não programados não poderiam ser ofertados a generalidade dos beneficiários da

Previdência Social. Tal princípio sem sombra de dúvidas é a divisória entre o regime geral, de repartição simples, e a previdência complementar, a exemplo do regime de capitalização.

Conforme prelecionam Castro e Lazzari (2013, p. 88), apenas com a repartição dos frutos obtidos no trabalho é possível a subsistência de um sistema previdenciário, uma vez que, havendo a recusa da coletividade, seria conseqüente a cessação da universalidade da cobertura e do atendimento. Desse modo, o princípio da solidariedade deve ser visto com um princípio fundante anterior aos princípios próprios da seguridade social.

Kertzman (2011, p.48) atine ao fato de que a solidariedade, em se tratando de sistema previdenciário, deve-se configurar sob dois prismas: vertical e horizontal, sendo o primeiro referente à geração que deve trabalhar com o intuito de promover o custeio da geração anterior, ao que intitulou de pacto intergeracional. No tocante ao aspecto horizontal, acrescenta que se introduz quando do trato entre as populações, que classifica como pacto intrageracional.

No entanto, a solidariedade insculpida enquanto objetivo fundamental da República Federativa do Brasil tem uma dimensão ética a se considerar, sendo pressuposto do mútuo conferido aos membros encerrados em uma coletividade. Martinez (2001, p. 75) assim preleciona quanto à concepção ética no seio social, percebe-se:

É imperioso repisar o significado da solidariedade; ela não é uma instituição originária da Previdência Social, a despeito de aí ter encontrado hábitat natural para o seu desenvolvimento e efetivação. A solidariedade, referida no princípio, quer dizer união de pessoas em grupos, globalmente considerados, contribuindo para a sustentação econômica de indivíduos em sociedade, individualmente apreciadas e, por sua vez, em dado momento, também contribuirão ou não, para a manutenção de outras pessoas. E assim sucessivamente.

O período de Graça, constante do art. 15 da lei 8.213/91, materializa a função solidária existente no RGPS, senão vejamos:

Art. 15. Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições:

I - sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício;

II - até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração;

III - até 12 (doze) meses após cessar a segregação, o segurado acometido de doença de segregação compulsória;

IV - até 12 (doze) meses após o livramento, o segurado retido ou recluso;

V - até 3 (três) meses após o licenciamento, o segurado incorporado às Forças Armadas para prestar serviço militar;

VI - até 6 (seis) meses após a cessação das contribuições, o segurado facultativo.

§ 1º O prazo do inciso II será prorrogado para até 24 (vinte e quatro) meses se o segurado já tiver pago mais de 120 (cento e vinte) contribuições mensais sem interrupção que acarrete a perda da qualidade de segurado.

§ 2º Os prazos do inciso II ou do § 1º serão acrescidos de 12 (doze) meses para o segurado desempregado, desde que comprovada essa situação pelo registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social.

§ 3º Durante os prazos deste artigo, o segurado conserva todos os seus direitos perante a Previdência Social.

§ 4º A perda da qualidade de segurado ocorrerá no dia seguinte ao do término do prazo fixado no Plano de Custeio da Seguridade Social para recolhimento da contribuição referente ao mês imediatamente posterior ao do final dos prazos fixados neste artigo e seus parágrafos.

Destarte, além do período de graça supracitado, a solidariedade permeia a admissibilidade de serem os benefícios concedidos ao arrepio da carência, sendo relevante, tão somente o momento de filiação do segurado, ou seja, ao arrepio inclusive da efetiva contribuição.

### ***2.2.3 Princípio da Seletividade e distributividade na prestação dos serviços e benefícios***

O princípio em tela é o contraponto ao princípio da universalidade da cobertura e do atendimento. Segundo Leitão e Meirinho (2013, p. 52), a seletividade consubstancia a reserva do possível, haja vista o estado, embora se disponha prover uma universalidade de benefícios em benefício de uma vasta gama de segurados, está limitado às possibilidades financeiras de provimento.

Nesse jaez, a seletividade atua estabelecendo critérios de escolha na prestação a ser infirmada pela Previdência Social, cotejando o disposto no art. 201 e incisos, poder-se-á conferir uma necessidade imperiosa de cobertura a determinadas contingências sociais, não tem por objetivo, o constituinte, impedir a consecução de outras espécies de benefício, mas estabelece uma série de contingências reconhecidas.

Para Castro e Lazzari (2013, p. 92), o binômio necessidade e prestação é regido pelo princípio da seletividade, haja vista a presunção que se opera quando da concessão do benefício, para o referido autor, justificar-se no fato de a Previdência Social ter o dever de apontar os requisitos para concessão de benefícios e serviços.

Já no que atine ao princípio da distributividade, deve ser interpretado no sentido de distribuição de renda e bem-estar social.

#### ***2.2.4 Princípio da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais***

O princípio em tela faz claro cotejo ao princípio da isonomia presente no Art. 5º da CRFB/88, uma vez que assegura, de modo igualitário, as prestações das populações tanto urbanas quanto rurais. Dessa forma, toda e qualquer diferenciação no trâmite do processo concessório terá por objetivo guardar a diferenças na espécie do benefício, sendo realizada de maneira a velar pela equidade.

Para Castro e Lazzari (2013, p. 87) tal princípio já fora contemplado na Carta Magna quando o legislador estabeleceu tratamento igualitário entre trabalhadores urbanos e rurais. Prima ainda referido autor em dissociar os conceitos de equivalência e igualdade, sendo que no que concerne ao primeiro no âmbito do benefícios não quer dizer que serão pagos valores iguais de maneira desregrada. Pelo contrario, a equidade respeita a capacidade contributiva de cada um e fornece a prestação tendo como parâmetro a contribuição.

#### ***2.2.5 Princípio da autonomia da Vontade***

Normalmente citado no âmbito do direito civil, o Princípio da autonomia da Vontade também atua, mesmo que de modo reduzido no amago do Direito Previdenciário. Ora, muito embora seja constituída de normas de ordem pública, a prestação previdenciária guarda íntima relação com os atos volitivos do segurado, sendo estes inclusive os responsáveis diretos pela espécie de benefício a que o requerente pode pleitear.

Exemplo não muito remoto de tal conformação se dá no tocante à possibilidade da aposentadoria proporcional, encerrada pela emenda constitucional nº 20 em 1998. De fato, nesse caso, caberia ao titular do benefício exercer ou não tal direito, qual seja o de, uma vez reunidos os requisitos, aposentar-se com a redução proporcional dos proventos.

Sobre a fruição do direito pelo segurado, preleciona Martinez (2001, p. 163):

A faculdade de fruir prestações no seguro social é direito adquirido quando da reunião de pressupostos definidos em lei. Globalmente considerados, lembra-se. A legislação de Previdência Social é norma pública.

Na mesma toada, aduz ainda o referido autor:

Em face do princípio básico da obrigatoriedade, pouca são as opções de o beneficiário desfrutar em relação ao seguro social; mas elas se apresentam. Em alguns aspectos a legislação previdenciária reserva possibilidade de presenciar-se a autonomia da vontade, oferecendo situações onde o trabalhador possa escolher esta ou aquela atitude, a mais conveniente.

Perceba-se que tal princípio guarda grande vinculação com o objeto do tema do presente trabalho, haja vista restar cerceado o direito a percepção na via administrativa do salário maternidade em virtude da segurada optar por não demandar em juízo o empregador responsável pela demissão sem justa causa no período de estabilidade da gestante. Ora, conforme será anotado no capítulo seguinte, o direito de ação é um direito potestativo daquele que tem a pretensão, não podendo o requerente de o benefício ser compelido a buscar o provimento do judiciário.

### **2.3 Aspectos gerais do benefício**

Com previsão nos artigos 71 a 73 da lei 8.213/91 o salário-maternidade é o benefício previdenciário que substitui os rendimentos da segurada durante o período da licença maternidade, sendo devido a todos as espécies de segurada nos casos de parto, ainda que de natimorto, aborto não criminoso e adoção. Castro e Lazzari (2013, p. 815).

Martinez (2011, p. 889) anota que o salário-maternidade é o benefício devido em razão da gravidez em estado adiantado, do nascimento com ou sem vida, sendo passível de concessão nos casos de parto, aborto não criminoso e adoção.

Dissonantes são, porém, o conceito e a finalidade do benefício para Ibrahim (2011, p. 641):

O salário-maternidade, em uma acepção estrita do seguro social, não teria natureza previdenciária, pois não há necessariamente incapacidade a ser coberta. Entretanto, na visão mais abrangente das necessidades sociais

cobertas, com eventos não necessariamente ligados à incapacidade laborativa – como os encargos familiares – deve-se incluir o salário-maternidade como benefício.

O salário-maternidade não teria apenas o fulcro de cobrir encargos familiares devendo ser analisada a acepção social do benefício. Ora, o fato gerador, per si, já promana a situação de excepcionalidade na qual a segurada ou o segurado estão sujeitos, havendo, pois, a exemplo do parto, a necessidade do aleitamento materno e acomodação da criança. É sabido que nesse período a mãe tem a sua rotina completamente alterada e possivelmente não consegue compatibilizar a mudança inicial com o trabalho. Não se operando repercussão apenas na seara trabalhista como aduz o insigne doutrinador, senão vejamos o posicionamento do STF em sede da ADI 1.946-DF de relatoria do Ministro Sydney Sanches, ao qual pedimos vênua para reproduzir:

1. O legislador brasileiro, a partir de 1932 e mais claramente desde 1974 vem tratando o problema da proteção à gestante, cada vez menos como um encargo trabalhista (do empregador) e cada vez mais como de natureza previdenciária. Essa orientação foi mantida mesmo após a Constituição de 05.10.1988, cujo art. 6º determina que a proteção à maternidade deve ser realizada “na forma desta Constituição”, ou seja, nos termos previstos em seu art. 7º, XVIII: licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de cento e vinte dias”.
2. Diante desse quadro histórico, não é de se presumir que o legislador constituinte derivado, na Emenda 10/98, mais precisamente em seu art. 14, haja pretendido a revogação, ainda que implícita do art. 7º, XVIII, da Constituição Federal originária. Se tivesse sido o objetivo da norma constitucional derriçada, por certo a EC n 20/98 conteria referência expressa a respeito. E, à falta de norma constitucional derivada, revogadora do art. 7º, XVIII, a pura e simples aplicação do art. 14 da EC 20/98, de odo a torná-la insubsistente, implicará um retrocesso histórico, em ateria social-previdenciária, que não se pode presumir desejado,

De fato, conforme trazido à baila quando tratado da evolução histórica do benefício no Brasil, o salário-maternidade era um benefício precipuamente trabalhista que ao longo do tempo teve seu objeto transmutado para o Direito Previdenciário.

### ***2.3.1 Da diferença entre licença Maternidade e Salário-maternidade***

Na definição de Alexandrino e Paulo (2010, p. 143), licença maternidade constitui um caso de afastamento do trabalho em que é considerado como trabalho para efeito da percepção de FGTS e contagem de tempo de serviço. Discorre ainda

o referido autor que quando do gozo da licença a trabalhadora empregada passa a perceber os valores do salário-maternidade, benefício previdenciário, que tem o condão de substituir a renda auferida em sede de trabalho.

Para Correia e Miessa (2014, p. 91):

A licença- maternidade compreende o afastamento remunerado da gestante, com duração de 120 dias. Note-se que, mesmo em caso de parto antecipado, a mulher terá direito à licença. Ademais, essa licença não está condicionada ao nascimento da criança com vida, porque, nesse caso, a empregada terá o repouso de 120 dias para se recuperar do trauma. De acordo com o art. 392 da CLT.

Complementa ainda o autor que em virtude da recente alteração no entendimento jurisprudencial, amalgamado na CLT, em caso de guarda judicial conjunta, apenas um dos adotantes terá direito a licença, ainda que sejam casais do mesmo sexo.

Ademais, no caso de falecimento da parturiente, poderá o cônjuge ou companheiro da empregada gozar da licença integralmente, a saber, no prazo de 120 dias, senão vejamos o corpo legislativo da CLT, no bojo do art. 392-B:

Art. 392-B – Em caso de morte da genitora, é assegurado ao cônjuge ou companheiro empregado o gozo da licença por todo o período da licença-maternidade ou pelo tempo restante a que teria direito a mãe, exceto no caso de falecimento do filho ou de seu abandono

É cediço que a recente alteração da CLT guarda na atualidade profunda relação com a concessão do benefício no caso do atual Art. 71-B da lei 8.213/91. Desse modo, esta garantida a fruição do afastamento, qual seja a licença-maternidade, e a percepção do benefício substitutivo da renda o salário-maternidade.

### **2.3.2 Do fato Gerador e beneficiários**

Conforme a inteligência do art.71 da lei 8.213/91, o salário-maternidade é devido à segurada, havendo como data inicial o 28º dia anterior ao parto, sendo pago até 91º dia após o evento. Não há nenhum óbice, conforme a atual legislação, de ser promovida a concessão de dois benefícios em razão do parto e da adoção da mesma criança, repisando, dessa forma, que o benefício em tela se dá em favor da

segurado nos eventos acima transcritos, não havendo vinculação com a criança nascida, conforme a redação do novel parágrafo 3º do artigo 71-B.

É forçoso salientar, ainda, que pela atual legislação também é possível a instituição do benefício ao segurado no caso de adoção, nos termos do Art. 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.

Pode ainda ser objeto de concessão ao segurado o benefício, em caso de óbito da parturiente, desde que não sobrevenha a morte da criança ou abandono da mesma, é o que dispõe o art. 71-B, vejamos:

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.

Interessante anotar que a atual mudança contempla o princípio da isonomia previsto no o Art. 5, I da CRFB/88, consagrando a igualdade entre homens e mulheres no tocante aos direitos e obrigações, inclusive no âmbito da adoção, conforme leciona Castro e Lazzari (2013, p. 817). De fato o entendimento anterior à alteração legislativa era no sentido da impossibilidade de percepção do benefício pelo segurado em virtude do texto legal fazer menção tão somente à figura da segurada. Havendo a mudança do entendimento institucional a partir da decisão emanada em sede a 1ª câmara de julgamento do Conselho de Recurso da Previdência Social em agosto de 2012<sup>1</sup>.

Oportuno salientar que todas as espécies de seguradas estão contempladas pelo direito ao benefício, inclusive aquelas que deixaram de contribuir para a Previdência Social e estão amparadas pelo chamado período de graça Para Castro e Lazzari (2013, p. 817), é o que dispõe o parágrafo único do art. 97 do decreto 3048/99.

Art. 97. O salário-maternidade da segurada empregada será devido pela previdência social enquanto existir relação de emprego, observadas as regras quanto ao pagamento desse benefício pela empresa.

Parágrafo único. Durante o período de graça a que se refere o Art. 13, a segurada desempregada fará jus ao recebimento do salário-maternidade nos casos de demissão antes da gravidez, ou, durante a gestação, nas hipóteses de dispensa por justa causa ou a pedido, situações em que o benefício será pago diretamente pela previdência social.

Por fim, o artigo 103 do referido decreto contempla ainda que o salário maternidade é um dos poucos benefícios que a aposentada que ainda trabalha poderá pleitear junto à Previdência Social.

### **2.3.3 Da carência**

O instituto da carência, na definição de Kertzman (2011, p. 345) é o número de contribuições necessárias à efetivação do direito a um benefício, não se confundindo com o tempo de contribuição, uma vez que este poderá ser computado com contribuições vertidas à Previdência Social em atraso, enquanto aquele é contado mensalmente.

O objetivo desse instituto é evitar a contribuição vinculada exclusivamente à percepção imediata de um determinado benefício. Desse modo, a própria lei 8.213/91, traz no bojo dos artigos 25 e 26, os segurados que devem ater-se à carência para percepção do benefício:

Art. 25. A concessão das prestações pecuniárias do Regime Geral de Previdência Social depende dos seguintes períodos de carência, ressalvado o disposto no art. 26:

III - salário-maternidade para as seguradas de que tratam os incisos V e VII do art. 11 e o art. 13: dez contribuições mensais, respeitado o disposto no parágrafo único do art. 39 desta Lei.

Parágrafo único. Em caso de parto antecipado, o período de carência a que se refere o inciso III será reduzido em número de contribuições equivalente ao número de meses em que o parto foi antecipado.

Art. 26. Independe de carência a concessão das seguintes prestações:

VI – salário-maternidade para as seguradas empregada, trabalhadora avulsa e empregada doméstica.

Segundo Leitão e Meirinho (2013, p. 376), a sistematicidade que se consubstancia nos casos dos demais segurados da previdência social, não é repetível quando do trato com a segurada especial, haja vista estar disposto no Art. 25, III da lei 8.213/91 a concessão se dar mediante contribuição, o parágrafo único do art. 39 da corrente lei, garantir a concessão de um salário mínimo em caso da comprovação da atividade rural, eivando de duvidas, ainda segundo o autor, a aplicação do instituto da carência ao segurado especial.

Conclui ainda que, no caso da segurada especial, deve prevalecer o disposto no paragrafo único do art. 39 da lei em comento, haja vista tratar-se de uma

espécie de segurado que dispõe de economia sazonal, motivo que por si, já ilide a pretensão das contribuições vertidas continuamente ao RGPS.

#### **2.3.4 Da Responsabilidade pelo pagamento do benefício**

O Pagamento do benefício, em regra, se dá junto ao INSS para a grande maioria das espécies de segurados, sendo devido ao empregado, conforme disposição do art. 72 da lei 8.213/91, o pagamento pela empresa que perceberá a compensação por via de reembolso. A sistemática em tela será tratada de forma mais específica no capítulo seguinte.

Decorre por fim, a necessidade de aludir às duas situações em que o segurado empregado percebe o benefício junto ao INSS. Ainda, no esteio de Leitão e Meirinho (2013, p. 385), ocorrerá no caso de adoção (art. 71-A, lei 8.213/91) e sempre quando se tratar do empregado do Microempreendedor individual, MEI (art. 72, 3º, Lei nº 8.213/91).

#### **2.4 Programa Empresa cidadã**

O programa empresa cidadã instituído pela lei 11.770/08 prorrogou a licença maternidade para a segurada empregada em sessenta dias, perfazendo, quando do cômputo do mínimo legal estabelecido, embora em um primeiro momento seja atribuível ao INSS a prorrogação da licença, esta em nada coteja o direito previdenciário, sendo, pois uma benesse conferida pela empresa aderente ao programa.

Ibrahim (2011, p. 647) assim comenta:

Não será o INSS quem concederá ou arcará com a prorrogação de 60 dias, mas sim a empresa, que poderá deduzir-se, não sobre a contribuição previdenciária, mas sim sobre o imposto de renda, desde que tributada com base no lucro real, vedada a dedução como despesa operacional. Não se trata aqui de reembolso típico do salário-maternidade.

De fato, embora o conceito pareça similar, não há que se falar em reembolso previdenciário, sendo este instituto possível apenas nos casos de pagamento do salário-família e maternidade pela empresa, conforme será mais bem abordado em tópico próprio. No caso de adesão ao programa empresa cidadã, a

aderente poder haver restituído os valores dispendidos através da dedução do Imposto de Renda.

Por fim, é cediço salientar que o programa não guarda relação com a extensão do salário-maternidade previdenciário em duas semanas. Conforme artigo 294 da instrução normativa, vejamos:

Art. 294. O salário-maternidade é devido para as seguradas de que trata o art. 371 durante cento e vinte dias, com início até vinte e oito dias antes do parto e término noventa e um dias depois dele, considerando, inclusive, o dia do parto, podendo, em casos excepcionais, os períodos de repouso anterior e posterior ao parto serem aumentados de mais duas semanas, mediante atestado médico específico, observado o § 7º deste artigo.

Destarte, o intuito da prorrogação do benefício é proteger a gestante nos casos em que a gravidez declaradamente seja considerada de risco, havendo nesse caso excepcional a prorrogação do valor do benefício sob o custeio da previdência social.

Cabe ainda pontuar que a lei 11.770/08 conferiu à empresa a faculdade de implementação do programa através da adesão, não podendo se afirmar que a extensão é medida compulsória e abrangente a todas as mulheres em gozo de licença.

Semelhante caso ocorre no âmbito da Administração Pública Direta e Indireta, sendo previsto no Art. 2º da referida lei a possibilidade de instituir a prorrogação da licença-maternidade ao seu crivo, qual seja, sendo apenas aposta a permissão legal, que deve ter na discricionariedade administrativa a implementação da medida. Esse tem sido o entendimento do STJ em face do Recurso Especial 125074 MG de 2011 a que pedimos vênua para transcrever:

**Ementa:** ADMINISTRATIVO. SERVIDORAS PÚBLICAS MUNICIPAIS. PRORROGAÇÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE. PROGRAMA "EMPRESA CIDADÃ". LEI Nº 11.770 /08. AUSÊNCIA DE ATO REGULAMENTADOR. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. 1. As ora recorrentes, servidoras públicas do Município de Belo Horizonte, voltam-se contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que, reformando a sentença, afastou a fruição do benefício instituído pelos arts. 1º e 2º, da Lei nº 11.770 /08 - licença-maternidade com duração prorrogada por 60 (sessenta) dias - diante da ausência da edição de ato regulamentador no âmbito do ente público a que se encontram vinculadas. 2. Revela-se descabida a interpretação que as ora recorrentes buscam emprestar à Lei nº 11.770 /08, mormente a seu art. 2º, porquanto legislador não criou uma imposição à Administração Pública, mas, como se extrai inequivocamente do vocábulo empregado - "autorizada"-, conferiu mera faculdade à administração pública, direta, indireta fundacional de instituir benefício dessa natureza. 3. Pensar de modo

diferente importaria verdadeira desconsideração da autonomia administrativa de cada ente integrante da Federação, representando inadmissível interferência na prerrogativa de disporem sobre o regime jurídico a que se sujeitam seus respectivos servidores públicos. 4. A disposição do art. 2º da Lei nº 11.770 /08 não é autoaplicável, ficando condicionada à edição de ato regulamentar pelo ente administrativo a que se encontra vinculada a servidora pública. 5. "A Lei Federal 11.770 /08, que instituiu o chamado '**Programa Empresa Cidadã**', autorizando a prorrogação da licença-maternidade por 60 (sessenta) dias, não possui natureza cogente, uma vez que sua implementação pela iniciativa privada dependerá de prévia manifestação de interesse dos empregadores. Da mesma forma, referido diploma legal limitou-se a autorizar a criação, pelos entes públicos, de um **programa** semelhante" (REsp 1.245.651/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 29.04.11).

Do exposto, infere-se que a adesão ao "Programa Empresa Cidadã" há de ser voluntária, a fim de que autorize a respectiva prorrogação da licença-maternidade por 60 (sessenta) dias, não sendo cabida uma interpretação da lei que o cria sob uma perspectiva da compulsoriedade, visto que tal normativo apenas autoriza, em vez de obrigar.

### 3 SISTEMÁTICA DE PAGAMENTO DO BENEFÍCIO À SEGURADA EMPREGADA

De acordo com o art. 72, temos:

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.

Destarte, sofrera profundas mudanças a sistemática de pagamento do benefício do salário-maternidade quando se trata da segurada empregada. Inicialmente, era de responsabilidade da Autarquia o adimplemento, mais especificamente até agosto de 2003, data na qual entrou em vigor a lei 10.710/03, estatuidando a competência do empregador para o pagamento do benefício, efetuando-se o reembolso dos valores dispendidos junto à Previdência Social por meio da dedução do valor da guia de pagamento de contribuições previdenciárias, GPS, Kertzman (2011, p. 406).

Preleciona ainda o referido autor que a restituição dos valores pagos à segurada não se confunde com a compensação de débito, e que este instituto dimana do instituto do reembolso, pois tem por vistas promover o ressarcimento de valores pagos indevidamente pelo empregador, utilizando-se do sistema de dedução de guias.

Para Ibrahim (2011, p.430)

O reembolso não se confunde com a compensação, pois esta somente é aplicável a casos de reconhecimento de valor indevido, o qual é ressarcido via ajuste financeiro com as contribuições devidas. O reembolso, embora seja igualmente um acerto financeiro, tem conceito restrito, e é definido como hipóteses previstas em lei de pagamento de benefício pela empresa e abatimento em guia de recolhimento.

Ante a definição conceitual e devidas delineações das diferenças dos referidos institutos, vem à baila a falsa ideia de solução do pagamento no tocante a segurada empregada em caso de percepção do Salário-Maternidade. De fato, a requerente gozaria da licença maternidade sem prejuízo do benefício, sendo, pois percebido como se remuneração fosse.

A lei 10.710/03 trouxe no seu bojo o deslinde de grande maioria das situações, dando fluidez ao procedimento e evitando o deslocamento da segurada em estado gravídico ao INSS. No entanto, o liame existente entre a relação trabalhista e previdenciária no benefício analisado mostra a fragilidade em que está galgada a relação em comento.

A instrução Normativa nº 45 contempla a competência de pagamento do benefício à segurada desempregada em gozo de estabilidade, no bojo do artigo 296 § 1º, perceba-se:

Art. 296. O salário-maternidade será devido à segurada desempregada (empregada, trabalhadora avulsa e doméstica), para a que cessou as contribuições (contribuinte individual ou facultativa) e segurada especial, observando que:

I - o nascimento da criança, inclusive em caso de natimorto, ou a guarda judicial para fins de adoção ou a adoção ou o aborto espontâneo, deverá ocorrer dentro do prazo de manutenção da qualidade de segurada previsto no art. 10; e.

II - o documento comprobatório para o requerimento do benefício é a certidão de nascimento do filho, exceto nos casos de aborto espontâneo, quando deverá ser apresentado atestado médico, e no de adoção ou guarda para fins de adoção, casos em que serão observadas as regras do art. 295.

§ 1º Não caberá ao INSS a responsabilidade pelo pagamento de salário-maternidade para a segurada empregada, nos casos de dispensa sem justa causa, quando esta se der durante a gestação.

§ 2º Para efeito do § 1º deste artigo, a requerente deverá assinar declaração específica com a finalidade de identificar a causa da extinção do contrato.

§ 3º Para efeito do disposto no caput o evento deverá ser igual ou posterior a 14 de junho de 2007, data da publicação do Decreto nº 6.122, de 2007.

Vejamos o posicionamento Jurisprudencial esposado em decisão do TRF – 1ª região em julgamento proferido em 31/01/2012:

LICENÇA-MATERNIDADE. PAGAMENTO DOS SALÁRIOS. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR. RESCISÃO INDIRETA VÁLIDA. Conforme disposto no artigo 73, I, da Lei nº 8.213/91, o valor do salário durante a licença maternidade deverá ser pago diretamente pelo empregador, que deverá buscar Posteriormente a compensação, na forma do §1º, do artigo 72 da mesma Lei. Portanto, constitui falta grave autorizadora a rescisão indireta a ausência de pagamento dos salários referentes ao período de licença maternidade, máxime porque é o período que a empregada mais precisa de seu salário para prover seu sustento e do recém-nascido. DISPENSA DE CONTROLE DE JORNADA. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE MENOS DE 10 EMPREGADOS. ÔNUS DA PROVA DO EMPREGADOR. Ao alegar que possuía menos de 10 empregados, a ré atraiu para si o ônus de comprovar que estava isenta do controle de ponto, mas não trouxe aos autos a RAIS – Relação Anual de Informações Sociais, documento apto a comprovar o número de empregados de uma empresa.

Desse modo, descabe a Autarquia o pagamento do benefício em face da pretensão trabalhista surgida na rescisão contratual em desrespeito à estabilidade constitucionalmente garantida à gestante. Nesse jaez, com intuito de promover uma maior elucidação da situação fática, faz-se mister a compreensão dos conceitos circundantes de cunho trabalhista.

### **3.1 Estabilidade: conceito**

Para o dicionário Aurélio, estabilidade é qualidade daquilo que é estável, que denota solidez e segurança. Na seara trabalhista, tem por escopo impedir que o empregador promova a demissão sem justo motivo da empregada gestante, reafirmando o princípio da continuidade no emprego.

Define Martins (2008, p. 399) que estabilidade é o direito de continuidade no emprego que ostenta o titular mesmo contrapondo-se ao intento do empregador, salvo se sobrevier a existência de causa objetiva determinante da rescisão. “Tem-se, assim, o empregado o direito ao emprego, de não ser despedido, salvo determinação em sentido contrário”.

Para Nascimento (2009, p. 78):

Estabilidade é o direito de não ser despedido. É a garantia de ficar no emprego, perdendo-o unicamente se houver um causa que justifique a dispensa indicada por lei. Funda-se, por tanto, no princípio da causalidade da dispensa. Destina-se impedir a dispensa imotivada, arbitrária, abusiva.

Em suma, a estabilidade realiza-se nos ditames do princípio da manutenção do contrato de trabalho, podendo classificar-se em definitiva ou provisória. A primeira resultava do continuísmo da relação de trabalho pelo período mínimo de dez anos, nos termos do Art.492 da CLT, estando tacitamente revogada, a luz da doutrina, com fundamento nos dispositivos colimados nos incisos I e III do art. 7º da CRFB/88 culminado com o art. 10 do ADCT, preleciona Almeida (2010, p. 175).

Resta, no entanto, a estabilidade provisória que promana seus efeitos em virtude de uma situação específica do empregado que ao comando legislativo promove a proteção ao trabalhador, nesse sentido Nascimento aduz que a estabilidade provisória:

Protege o empregado contra dispensa arbitrária ou sem justa causa, enquanto persistir uma situação em que se encontra e que veda a rescisão do contrato de trabalho por ato do empregador. Este só poderá despedir o empregado havendo justa causa. Terminada a situação em que se achava o empregado, geradora da proteção, cessa a garantia, cabendo a dispensa mesmo imotivada, antes proibida.

### ***3.1.1 Estabilidade da gestante na seara constitucional***

No âmbito constitucional, a estabilidade provisória da gestante é erigida no inciso I do art. 7, sendo, pois norma de eficácia limitada condicionada a edição de lei complementar. No sentido de suprimir a omissão legislativa, o Art. 10 do ADCT, discorre sobre a provisoriedade da norma afirmando, conforme já colacionado no presente trabalho, ser vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada da descoberta da gravidez até cinco meses após o parto. É intangível o caráter objetivo da norma, sendo, porém, refratário o momento inicial do surgimento da pretensão da obreira, a descoberta da gravidez.

A doutrina não é uníssona nos efeitos que o conceito “descoberta da gravidez” opera na estabilidade, dividindo-se em duas correntes: responsabilidade objetiva e subjetiva. Para a primeira, não se faz necessária a comunicação ao empregador acerca do estado gravídico, haja vista serem tutelados interesses maiores como a proteção ao próprio nascituro, sendo objeto de crítica por parte dos promoventes da teoria subjetiva no tocante ao empregador ser penalizado por um fato que não tinha sequer conhecimento.

Por outro lado, a teoria subjetiva aduz que apenas se pode imputar a responsabilidade ao empregador no momento que este toma conhecimento do estado gravídico, sendo de responsabilidade da empregada gestante a comunicação do fato, sendo normalmente inviável imputar ao empregador fato que em grande parte das vezes se quer a própria empregada tem conhecimento.

### ***3.1.2 Estabilidade da gestante segundo o entendimento jurisprudencial***

O Tribunal Superior do Trabalho, através da súmula nº 244, pacificou o entendimento acerca da teoria a ser adotada quando da análise do início do estado gravídico, vejamos:

**Súmula nº 244 do TST**

**GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012.**

I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b" do ADCT).

II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.

Ora, o disposto na parte inicial da súmula pacifica as divergências doutrinárias e põe termo ao critério a ser adotado em caso de questionamento quanto à necessidade de ciência do empregador, figurando para o TST a adoção da teoria da responsabilidade objetiva para a responsabilização.

Recente, porém, foi a ampliação da estabilidade aos contratos por tempo determinado. O inciso III da súmula 244, o TST, através da incorporação da OJ 88 e 196, modificou o entendimento anterior do Tribunal que aludia não ser possível o reconhecimento da estabilidade da gestante no contrato de experiência em virtude de não haver uma dispensa arbitrária ou sem justa causa.

Atualmente, o entendimento se consolida na seguinte redação do inciso III:

III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

Visto o arcabouço conceitual que embasa o instituto da estabilidade, nota-se que a rescisão contratual sem justa causa gera o direito de a requerente demandar judicialmente o antigo empregador, visando à restituição do vínculo ou a indenização compensatória relativa aos meses que faria jus, restando, no ultimo caso, compreendido o pagamento do benefício do salário-maternidade.

Ora, de fato, o artigo 296 da Instrução Normativa 45 visa evitar o pagamento em duplicidade embasando-se no fato de que a segurada estável poderia pleitear o benefício diretamente na Previdência Social e concomitantemente ou em momento posterior demandar judicialmente o empregador, senão vejamos o que dispões o art. 7º, XXIX da CRFB/88:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:  
[...]

XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;

Com efeito, o prazo de dois anos após a extinção do contrato de trabalho possibilita a percepção em duplicidade do benefício em face do restabelecimento ou da indenização compensatória.

Neste azo, mais complicada se mostra a situação da segurada desempregada estável que pleiteia junto a Autarquia o salário-maternidade ao qual faria jus por preencher os requisitos legais. Nesse caso, embora titular do direito, não poderia perceber o pagamento do benefício administrativamente por estar no período de estabilidade. Ocorre que o direito de ação está condicionado no seu exercício à iniciativa da parte, sendo, portanto disponível, exurgindo, então, uma situação *sui generis* que seria propositura necessária de ação judicial em face da Autarquia para haver o benefício de salário-maternidade devido e não adimplido em virtude da adoção do pagamento por reembolso formalizado na lei 10.710/03.

Em suma, a segurada faz jus ao benefício, mas por não pretender demanda judicialmente o empregador e conseqüentemente dispensar os efeitos da estabilidade, está tendo o seu direito de ação mitigado por ser necessário o egresso no judiciário contra a Autarquia, apenas pelo fato desta se isentar de realizar o pagamento na via administrativa, revelando o completo desrespeito ao Direito de Ação albergado constitucionalmente, conforme se demonstrará no tópico abaixo.

A jurisprudência assenta no sentido de que a responsabilidade pelo pagamento do salário-maternidade é do INSS, mesmo havendo a lide trabalhista. Perceba:

SALÁRIO MATERNIDADE. DESPEDIDA ARBITRARIA. CONCESSÃO. PAGAMENTO PRESTAÇÕES INSS. JUSTIÇA LABORAL. CONDICIONAMENTO. 1) A legislação previdenciária garante a manutenção da qualidade de segurado, até 12 meses após a cessação das contribuições, àquele que deixar de exercer atividade remunerada. 2) A segurada tem direito ao salário-maternidade enquanto mantiver esta condição, pouco importando eventual situação de desemprego. 3) Independentemente de ter ocorrido demissão justificada ou não e tendo esta sido feita com violação ou não à estabilidade da gestante, é inequívoco que, sobretudo face à alteração redacional do artigo 71 da Lei nº 8.213/91 pela Lei nº 10.710/2003, o salário-maternidade é devido às seguradas em geral, estando ou não em situação de emprego efetivo. 4) O INSS é quem arca com os ônus financeiros do benefício posto que mesmo pago pelo empregador, acaba por compensá-lo mediante desconto nas contribuições previdenciárias futuramente recolhidas. Segundo em função de que, assim procedendo, estar-se-ia penalizando duplamente a segurada 5) Demonstrada a maternidade e a manutenção da qualidade de segurada,

nos termos do art. 15 da LBPS, é devido à autora o salário-maternidade, ainda que tivesse cessado o vínculo empregatício em data anterior ao nascimento, o que não é o caso.

(TRF-4 - REEX: 50554198820124047100 RS 5055419-88.2012.404.7100, Relator: EZIO TEIXEIRA, Data de Julgamento: 14/08/2013, SEXTA TURMA, Data de Publicação: D.E. 16/08/2013).

Conforme observado na decisão judicial supracitada, mostra-se ainda latente a repercussão acerca da obrigatoriedade do adimplemento do salário-maternidade no âmbito administrativo à segurada empregada estável no caso de dispensa imotivada em que a mesma não tenha o intento de demandar judicialmente o trabalhador, restando a obrigatoriedade do ingresso judicial em face da Autarquia para que possa perceber o benefício.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Gilmar Mendes (2010, p. 821), em introdução aos Direitos Sociais, aduz que, mesmo desconsiderando a existência do Estado, ou ainda nos períodos de maior ou menor interferência deste na vida do ser humano, permanece o ente sendo o “indutor/promotor/garantidor do progresso e do bem-estar geral”, o que por si sobrelevaria o status dos direitos sociais a condição de direitos fundamentais: oponíveis erga omnes.

De fato, o Estado, principalmente valendo-se do atual contexto, é o responsável, ainda que mediato, pela felicidade do indivíduo, não analisando sob o prisma do comprometimento qual o qual Paulo Bonavides se refere quando trata das dimensões do direito, mas, sobretudo na prestação social.

A constitucionalização dos ditames da Seguridade Social como um todo, humaniza o Estado e possibilita a certeza de fruição ao jurisdicionado dos direitos sociais. Neste contexto, urge a Previdência Social como responsável direto pelo continuísmo da prestação social em face das chamadas comoções sociais.

O Instituto Nacional do Seguro Social, INSS, já denota grande progressismo ao contemplar o fato social enquanto carreador da mudança comportamental no indivíduo, antes mesmo da positivação pelo direito. São variados os exemplos.

O salário-maternidade, benefício objeto da presente análise, consubstancia a verdadeira mutação existente na relação entre a Previdência Social e o segurado, sendo alvo ainda de reiteradas modificações ao longo do tempo. Nesse azo, para que o benefício continue em perfeita consonância com a proteção constitucional ao qual fora erigido, faz-se necessária a interpretação deste dentro do liame existente entre o Direito do Trabalho e o Direito Previdenciário, apoderando-se dos conceitos presentes em ambos os ramos do Direito como o fito de dirimir os conflitos de competência como este trazido à baila pelo presente trabalho.

Por outro lado, releva notar que o condicionamento por parte do INSS para a concessão do benefício às hipóteses de demissão voluntária e com justa causa, em que a requerente, de fato, percebe o benefício, nos termos da instrução normativa respectiva, enseja uma série de questões envolvendo a requerente que haja sido demitida *sem justa causa*, portanto gozando da estabilidade constitucional,

mas não se enquadrando em nenhuma das hipóteses amparadas pelo regulamento, a despeito de ser reconhecido o dever de adimplir do INSS.

Não deve o Direito pátrio, o qual assegura à gestante diversas garantias, sobretudo a de estabilidade laboral, nos termos do ADCT, desdenhar a recorrência de tais casos, haja vista que condicionaria a percepção do referido benefício previdenciário por parte da mulher demitida sem justa causa a uma necessária provocação do Judiciário, sobretudo em face da inviabilidade de se conquistá-lo administrativamente.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, André Luiz Paz. **CLT e súmulas do TST comentadas**, 1. ed. São Paulo: Riedel, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 4. ed., São Paulo: Editora Malheiros, 1993.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Martines; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 5. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 10 mai. 2014.

\_\_\_\_\_. DECRETO Nº 3.048, DE 6 DE MAIO DE 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3048compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048compilado.htm)>. Acesso em: 10 mai. 2014.

\_\_\_\_\_. DECRETO-LEI N.º 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 10 mai. 2014.

\_\_\_\_\_. INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDADE SOCIAL. INSTRUÇÃO NORMATIVA INSS/PRES Nº 45, DE 06 DE AGOSTO DE 2010 - DOU DE 11/08/2010 – Alterada. Disponível em: <[http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/inss-pres/2010/45\\_2.htm](http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/inss-pres/2010/45_2.htm)>. Acesso em: 10 mai. 2014.

\_\_\_\_\_. LEI Nº 8.213, DE 24 DE JULHO DE 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm)>. Acesso em: 10 mai. 2014.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista; **Manual de direito previdenciário**, 15. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista; KRAVCHYCHYN Jefferson Luis; KRAVCHYCHYN, Gisele Lemos; **Prática processual previdenciária administrativa e judiciária**; 5. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

CORREIA, Henrique; Miessa, Elisson; **Noções de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho**. 1. ed., Salvador: Editora Jus Podivm, 2014.

DELGADO, Maurício Gondinho. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed., São Paulo: Editora LTR, 2010.

KERTZMAN, Ivan. **Curso prático de direito previdenciário**. 8. ed. rev. atual. e ampl., Salvador: Editora Podivm, 2011.

LEITÃO, André Studart; MEIRINHO, Augusto Grieco Santana. **Curso de direito previdenciário**. 1. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

IBRAHIM, Fabio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 16. ed. rev., atual. e ampl., Niterói: Editora Impetus, 2011.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Comentários às súmulas do TST**. 6. ed., São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **A prova no direito previdenciário**. 2. ed., São Paulo: Editora LTR, 2011.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito previdenciário**. 4. ed., São Paulo: Editora LTR, 2011.

\_\_\_\_\_. **Princípios de direito previdenciário**. 4. ed., São Paulo: Editora LTR, 2009.