ISSN 2179-9148

Revista Brasileira de Direito Previdenciário

Ano XII – Nº 72

Dez-Jan 2023

Classificação Qualis/Capes: B3

Editor

Fábio Paixão

Coordenadoras

Adriane B. Castro Ladenthin – Jane Lucia W. Berwanger – Theresa Rachel Couto Correia

Conselho Editorial

Ana Virgínia Gomes – Antônio César Bochenek – Daniel Machado da Rocha
Daniel Pulino – Fábio de Souza Silva – Fábio Zambitte Ibrahim
Gustavo Filipe Barbosa Garcia – Ingo Wolfgang Sarlet – Ivan Mascarenhas Kertzman
José Antonio Savaris – José Ricardo Caetano Costa – Juliana Teixeira Esteves
Laura Brito – Lucas Gonçalves da Silva – Luciano Martinez – Luma Cavaleiro Scaff
Marcelo Barroso Lima Brito de Campos – Marco Antônio Villatore – Marco Aurélio Serau Junior
Miguel Horvath Júnior – Rodrigo Garcia Schwarz – Suzani Andrade Ferraro
Theresa Rachel Couto Correia – Wagner Balera – Wladimir Novaes Martinez
Alejandro Castello (Uruguai) – Carlos Botassi (Argentina) – Carlos Daniel Luque (Argentina)
Hugo Roberto Mansueti (*in memoriam*) (Argentina) – Jesús Barceló Fernandez (Espanha)
Jordí García (Espanha) – Jorge Cristaldo Montaner (Paraguai)
José Luis Tortuero Plaza (Espanha) – Marcela I. Basterra (Argentina)
María de las Nieves Cenicacelaya (Argentina)

Colaboradores deste Volume

Ana Paula Alves Santos Lascane – Antonio Bazilio Floriani Neto – Ariane Maria Blum
Arthur José Nascimento Barreto – Cleber Sanfelici Otero
Dandara Trentin Demiranda – Danilo Henrique Nunes – Deomar Adriano Gmach
Dirceu Pereira Siqueira – Fernanda Heloisa Macedo Soares
José Ricardo Caetano Costa – Nadia Carolina Martins Pereira
Rodrigo Bento de Andrade – Ruslan Luís Torrico Schwab – Sérgio Henrique Salvador
Tâmi Cristiane de Souza Telles – Theodoro Vicente Agostinho

Extensão do Salário-Maternidade em Caso de Morte da Segurada-Instituidora: uma Análise Hermenêutica

ARTHUR JOSÉ NASCIMENTO BARRETO

Advogado; Mestrando em Direito Público pela UFBA; Especialista em Direito Processual Civil; Pós-Graduando em Direito Previdenciário; Professor de Graduação e Pós-Graduação; Diretor Adjunto de Atuação Judicial do IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário; e-mail: arthurjnb@gmail.com.

RESUMO: O presente artigo busca evidenciar os caminhos interpretativos que surgem diante do questionamento sobre a extensão do direito ao salário-maternidade ao cônjuge, em caso de falecimento da segurada-instituidora. O texto será iniciado com uma análise hermenêutica acerca da existência da referida norma, haja vista que o surgimento do dispositivo garantidor do direito somente se deu com edição da Lei nº 12.873/2013, que incluiu o art. 71-B na Lei nº 8.213/91. As construções das premissas deste artigo se pautarão na interpretação constitucional do direito à proteção à maternidade e à infância.

PALAVRAS-CHAVE: Salário-Maternidade. Proteção à Maternidade. Proteção à Infância. Interpretação Constitucional.

SUMÁRIO: I – Generalidades. II – Pontuação Hermenêutica Necessária: Possibilidade de Normas sem Dispositivo Específico. III – Sobre a Natureza do Salário-Maternidade: Proteção Previdenciária à Família. IV – Proteção à Criança: Intuito do Salário-Maternidade: Base Constitucional para Interpretação dos Dispositivos e Criação de Normas. V – Dos Deveres do Cônjuge Sobrevivente: Igualdade de Direitos e Deveres. Impossibilidade de Distribuição do Risco Social ao Cônjuge. VI – Da Legislação Internacional. VII – Conclusão. VIII – Referências Bibliográficas.

I – Generalidades

O salário-maternidade, conforme disciplina o art. 71 da Lei nº 8.213/91, é o benefício devido à segurada que venha a ter um filho[1].

1 "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. (Redação dada pala Lei nº 10.710, de 2003)"

A interpretação restritiva da norma em referência poderia levar a crer que o benefício somente seria devido à mãe. Contudo, diante da possibilidade de a segurada vir a falecer, surge o questionamento: a criança restaria desamparada?

Numa análise superficial da Lei de Benefício, pode-se notar que, com o advento da Lei nº 12.873, de 2013, foi incluído o art. 71-B, garantindo e dispondo acerca da extensão do salário-maternidade ao cônjuge ou companheiro sobrevivente:

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

A dúvida não é extraída a partir do texto, mas da ausência dele – ou enquanto ele estava ausente. Afirma-se isso, pois, antes de a Lei nº 12.873/2013 inserir o referido texto, não havia dispositivo que tratasse dessa extensão do salário-maternidade em face da morte do instituidor. Porém, o fato de não existir dispositivo expresso não é óbice para que seja extraída norma a partir do ordenamento jurídico pátrio. É justamente dessa premissa que se irá partir a presente análise.

II – Pontuação Hermenêutica Necessária: Possibilidade de Normas sem Dispositivo Específico

Uma vez que a questão cinge, basicamente, em indagar se é possível a concessão de determinado direito (extensão do salário-maternidade ao cônjuge sobrevivente) antes do surgimento do texto legislativo infraconstitucional, que deixa clara a regra que garante tal direito (art. 71-B da Lei de Benefícios), faz-se necessário uma rápida compreensão acerca de um ponto basilar de hermenêutica contemporânea: a distinção entre texto e norma.

Tal incursão é imperiosa, pois, caso se compreendesse que o direito somente seria expressado por texto, não haveria qualquer espaço para a atual discussão, de maneira que somente caberia uma conclusão: sem um dispositivo específico, sem direito. No entanto, é certo que de um texto legal, pode ser retirada uma série de interpretações, por vezes, conflitantes entre si. Inclusive, tais conflitos podem sobressair a partir de diferentes situações fáticas.

Nesse sentido, faz-se necessário realizar a interpretação do texto normativo, para que se possa extrair do dispositivo a norma a ser aplicada.

> "Operação de caráter linguístico, a interpretação do direito há de ser descrita como processo intelectivo através do qual, partindo de *fórmulas linguísticas*

> contidas nos atos normativos, alcançamos a determinação do seu conteúdo normativo: caminhamos dos *significantes* (os enunciados, textos) aos *significados*. O intérprete desvencilha a norma do seu invólucro (*o texto*). Neste sentido, o intérprete *produz a norma*."[2]

A questão ora levantada, no entanto, não se resolve por meio de atribuição de significado específico a determinado significante, por haver neste a possibilidade de mais de uma interpretação. Não se trata de questão de buscar qual das normas oriundas de um mesmo dispositivo será a mais justa.

O tema proposto demanda uma análise diferente. Impõe-se responder ao seguinte questionamento: seria possível quebrar a aparente dicotomia entre dispositivo e norma? Em outras palavras, seria possível criar-se uma norma sem que haja dispositivo específico?

Adiante-se que, segundo contemporânea hermenêutica, é sim possível. Conforme pode-se entender por obra de Humberto Ávila, o qual afirma:

> "*Normas* não são texto nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte.
>
> Em alguns casos há norma, mas não há dispositivo. Quais são os dispositivos que preveem os princípios da segurança jurídica? Nenhum. Então há normas mesmo sem dispositivos específicos que lhe sirva de suporte."[3]

Dessa maneira, nota-se que é possível se falar em norma que garanta a extensão do salário-maternidade ao cônjuge sobrevivente, antes mesmo do momento em que o texto normativo contido no art. 71-B da Lei nº 8.213/91 passou a ter vigência – o que ocorreu somente em 24 de outubro de 2013, quando tal redação foi incluída pela Lei nº 12.873 na Lei de Benefício.

Para tanto, contudo, é necessário que a interpretação conjunta dos textos normativos vigentes no ordenamento jurídico pátrio possibilite a construção de tal norma. É que, como destaca o próprio Humberto Ávila, em outra obra de sua autoria, "(...) o Direito só cumprirá sua função de ordenar condutas quando os dispositivos postos pelo legislador exprimirem significados que

---

2 GRAUS, Eros Roberto. *Por que tenho medo de juízes*: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 39.

3 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 33.

o intérprete não possa simplesmente ignorar, por melhores que sejam seus propósitos"[4].

Antes de tentar esboçar qualquer solução, entretanto, faz-se necessário traçar alguns pontos para a melhor compreensão do salário-maternidade, tais como: qual a sua natureza? Qual o risco social que busca acobertar? Quem se entende ser o beneficiário dessa prestação previdenciária?

III – Sobre a Natureza do Salário-Maternidade: Proteção Previdenciária à Família

Embora o salário-maternidade seja um benefício que tenha advindo da legislação trabalhista, estando previsto desde o Decreto nº 21.417-A, de 17 de maio de 1932, no ano de 1964, por meio da redação trazida pela Lei nº 6.136/74[5], passou a ser tratado como um benefício previdenciário, uma vez que a responsabilidade pelo cumprimento da prestação passou a recair sobre o Regimento Geral de Previdência Social.

Em que pese tenha sido considerado um direito trabalhista, hoje, no entanto, a natureza previdenciária do referido benefício se encontra consolidada tanto na doutrina quanto na jurisprudência[6]-[7].

Com a mudança de natureza do salário-maternidade, houve a ampliação da proteção, abarcando mais que somente direitos inerentes ao trabalho da mulher (estabilidade, direito à amamentação, não exposição a ambientes insalubres, etc.), de maneira que o Estado passou a ser responsável por cuidar dos riscos sociais inerentes ao evento maternidade.

A dualidade dessa proteção pode ser notada pela leitura das lições de Fábio dos Passos[8], segundo o qual:

> "A constituição Federal estabelece dentre os objetivos da Previdência proteção à maternidade, especialmente à gestante (CF/88, art. 201), instrumentalizando assim a proteção à maternidade e à infância elencada como direito social (CF/88, art. 6º) e estabelecida como direito dos trabalhadores

4 ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2019.

5 Sobre o desenvolvimento histórico do salário-maternidade no Brasil, observar: BALERA, Wagner. Natureza jurídica do salário-maternidade. *Revista Brasileira de Direito Previdenciário*, Porto Alegre, Magister, ano I, n. 1, fev./mar. 2011, p. 110-116.

6 Embora o *nomen iures* dado ao benefício possa causar uma certa confusão, haja vista que se utiliza de instituto próprio do direito do trabalho (salário) para tratar sobre o um benefício, o salário-maternidade não é pago em retribuição aos serviços prestados ao empregador e, por isso, não é um salário. Trata-se de um benefício pago em decorrência da concretude do risco social: a maternidade.

7 Por todos, novamente: BALERA, Wagner. Natureza jurídica do salário-maternidade. *Revista Brasileira de Direito Previdenciário*, Porto Alegre, Magister, ano I, n. 1, fev./mar. 2011, p. 110-116.

8 PASSOS, Fábio Luiz. Benefícios por encargos familiares: salários família e salário maternidade. In: SAVARIS, José Antônio (Coord.). *Direito previdenciário*: problemas e jurisprudência. 2. ed. Curitiba: Alteridade, 2015. p. 342.

> urbanos e rurais juntamente com a proteção ao mercado de trabalho da mulher (CF/88, art. 7º, XVIII e XX)."

Nessa senda, é possível destacar que, em se tratando de benefício previdenciário, isso significa se tratar de uma medida a amparar os benefícios contra os riscos sociais[9]. O uso da terminologia "risco social" para salário-maternidade não há que ser considerado inadequado, uma vez que tal conceito abarca mais que infortúnio, abrangendo também os eventos previsíveis e até mesmo aqueles que são planejados.

Mais que acaso – isto é, eventos acontecem em face do segurado sem qualquer conivência sua –, os riscos sociais podem ser compreendidos como "fatos dotados de probabilidade de ocorrer na vida em sociedade, provando desajuste na situação de um indivíduo ou grupo familiar, principalmente pelos seus efeitos econômicos"[10]. De acordo com Savaris e Rocha, os riscos sociais podem ser encarados como "uma situação socialmente indesejável (como a ausência prolongada da mãe logo após o parto)"[11].

Da mesma forma compreende Fábio Zambitte[12], que adiciona ao conceito de risco social, o elemento "encargos familiares" justamente para abranger o benefício em questão.

Nesse ponto, parece claro que o risco social a ser protegido não se restringe àqueles eventos que acabam impedindo o segurado de laborar (exercer de fato o trabalho, por conta do dano sofrido), pois abrange outros eventos cuja necessidade social não advém do impedimento ao trabalho. Do contrário, não seria necessário salário-maternidade, bastaria a existência de benefícios por incapacidade.

Uma vez que o legislador constitucional[13] resguardou o direito ao salário-maternidade, faz-se crer na busca por uma proteção especial à maternidade, mais complexa do que somente o impedimento ao exercício do trabalho oriundo de uma incapacidade fisiológica.

Há que se reconhecer que a proteção do referido benefício se projeta, na realidade, sobre a família e não somente à mãe. Trata-se de um benefício familiar.

---

9 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 20. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 27.

10 ROCHA, Daniel Machado; SAVARIS, José Antônio. *Curso de direito previdenciário*. Curitiba: Alteridade, 2014. p. 287.

11 ROCHA, Daniel Machado; SAVARIS, José Antônio. *Curso de direito previdenciário*. Curitiba: Alteridade, 2014. p. 288.

12 "[O] signo social deve ser interpretado (...) como todo evento coberto pelo sistema protetivo com o intuito de fornecer ao segurado algum rendimento substituidor de sua remuneração, como indenização por sequelas ou em razão de encargos familiares". (IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 20. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p.28).

13 Proteção essa cujas bases serão demonstradas em tópico subsequente.

O cerne do salário-maternidade não é, pois, o impedimento de a segurada exercer o seu trabalho – ou não somente isso –, o risco social neste caso é mais abrangente que aquele indivíduo e abarca a instituição família. A licença, pois, visa à proteção do grupo. Deste, porém, deve-se dar atenção especial ao membro mais frágil e igualmente beneficiário do salário-maternidade: a criança.

IV – Proteção à Criança: Intuito do Salário-Maternidade: Base Constitucional para Interpretação dos Dispositivos e Criação de Normas

Sendo certo que o significante pode admitir mais que um significado, e que o dispositivo legal não encerra a norma, devendo ser feita sua interpretação para aplicação da norma, a interpretação das normas constitucionais se faz necessária antes de adentrar na análise sobre o direito infraconstitucional.

Para uma análise da proteção social, deve-se partir do art. 6º da Constituição Federal, segundo o qual

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

Primeiro ponto que salta aos olhos é a utilização da conjunção aditiva existente entre a maternidade e a infância, ligando-os. Tal conjunção encontra-se prevista desde a redação dada pelo constituinte originário[14].

A inserção de tal elemento no texto não é sem motivo, pois ambas as situações se implicam mutuamente. Não há como se pensar em proteger a criança dispensando-se a proteção da mãe, há que pensá-los como um todo. Há que pensá-los como família que são, de maneira que a proteção de um se fará por meio da proteção de outro.

Esse é o entendimento doutrinário, do qual convém destacar trecho da obra de Ingo Wolfgang Sarlet (et al.)[15]:

---

14 "Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição."
"Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 26, de 2000)"
"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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010)"

15 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 711-712.

> "O direito fundamental social à *proteção à maternidade e à infância* encontra-se consagrado no art. 6º, *caput*, da CF. (...) Tem-se como parâmetro para a caracterização do âmbito normativo de tal direito todo o período compreendido entre a concepção, gestação (por exemplo, atendimento pré-natal), *nascimento e primeiro anos de vida criança, tanto sob a perspectiva da mulher quanto a criança, de modo a assegurar a proteção de todos os direitos fundamentais que permeiam a relação mãe-filho e o bem-estar de ambos, tudo no sentido de uma exegese compreensiva de todas as dimensões relacionas a maternidade*." (Destaque nosso)

Diga-se, ainda, que os direitos inerentes tanto à mãe quanto à criança deverão ser observados pelo Estado.

> "*São titulares do direito à proteção à maternidade e à infância tanto a mulher, gestante e mãe, quanto o nascituro e a criança (...) Destinatários são tanto órgãos estatais*, quanto particulares, aplicando-se, no mais, as diretrizes apresentadas no item sobre vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, seja na parte geral, seja na parte dedicada à eficácia dos direitos sociais na esfera das relações privadas."[16]

Não é outra a interpretação dada pela Corte Suprema, guardiã da Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal recentemente tratou sobre a licença-maternidade em ao menos duas ocasiões: no RE 778.889/PE (cuja questão cerne foi a equiparação do prazo da licença-adotante ao prazo de licença-gestante) e no RE 629.053/SP (cuja questão principal era a dispensa arbitrária de gestantes).

Em ambos os casos, consegue se extrair a *ratio decidendi* que orientou o Pretório Excelso e desta, a linha interpretativa que deve permear uma interpretação a ser realizada em conformidade com a Carta Magna. Antes, porém, faz-se necessário observar o que dispõe o art. 227 da CF, haja vista ser ele um dos dispositivos-base dos referidos acórdãos.

> "Art. 227. *É dever da família*, da sociedade e *do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar* e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)"[17]

---

16 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 714.

17 Redação original na mesma linha: "Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação Original da Constituição Federal)"

De acordo o Ministro Roberto Barroso, relator do RE 778.889/PE, entendeu-se que o art. 227 da Constituição Federal traz ao ordenamento jurídico o *princípio da prioridade e do interesse superior do menor*. O referido Ministro, interpretando tal artigo da Carta Magna, afirma que:

> "A própria Carta expressa, assim, por meio da palavra 'prioridade', a precedência em abstrato e 'prima facie' dos direitos dos menores, em caso de colisão com outras normas. *E o faz por se ter entendido que, em virtude da condição de fragilidade e de vulnerabilidade das crianças, devem elas sujeitar-se a um regime especial de proteção*, para que possam se estruturar como pessoas e verdadeiramente exercer a sua autonomia. Por isso, as decisões concernentes às crianças devem buscar atender ao princípio do superior interesse do menor." (RE 778.889, Rel. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. 10.03.2016, Acórdão Eletrônico, Repercussão Geral – Mérito, DJe-159 divulg. 29.07.2016, public. 01.08.2016) (grifamos)

O princípio da prioridade e do interesse superior do menor se trata de uma norma que busca garantir preventivamente a igualdade material – também chamada de igualdade ou oportunidade –, de maneira que "todos tenham reais oportunidades iniciais de desenvolvimento pessoal e capacitação para a cidadania e para o trabalho, as extremas desigualdades poderão ser reduzidas no futuro"[18].

O impacto do art. 227 da Constituição Federal vai além de trazer o princípio da prioridade e do interesse superior da criança. Entende o Ministro Luís Roberto Barroso que "expressa, ainda, a funcionalização do conceito de família" e que, esse novo entendimento acerca de família a ser "[p]assa a ser tutelada como meio essencial para o pleno desenvolvimento da personalidade de seus membros. Os filhos adquirem uma posição de centralidade nesta nova família. Ela é o núcleo em que a sua socialização tem início"[19].

No ponto é que leciona Maria Berenice Dias, que diz que o impacto dos direitos fundamentais modificou o tratamento fechado da família:

> "A consagração dos direitos de crianças, adolescentes e jovens como direitos fundamentais (CF, 227), incorporando a *doutrina da proteção integral* e vedando referências discriminatórias entre os filhos (CF, art. 227, § 6º), alterou profundamente os vínculos de filiação. Como afirma Paulo Lôbo, *o princípio não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante na relação da criação e do adolescente com seus pauis, com a sua família com a sociedade e com o Estado.* A

18 BARCELLOS, Ana Paula. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 175.

19 RE 778.889, Rel. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. 10.03.2016, Acórdão Eletrônico, Repercussão Geral – Mérito, DJe-159 divulg. 29.07.2016, public. 01.08.2016

> maior *vulnerabilidade* e *fragilidade* dos cidadãos até os 18 anos, como pessoa em desenvolvimento, os faz destinatários de um tratamento especial."[20]

Noutro momento, o Supremo Tribunal Federal, ao se debruçar sobre o benefício do salário-maternidade (RE 629.053/SP), manifestou-se novamente sobre quais os princípios que deveriam orientar a interpretação e aplicação das regras referentes ao salário-maternidade.

Destaca-se trecho do voto do Relator Ministro Alexandre de Morais, que, ao interpretar o direito à segurança no emprego (que compreende a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa da gestante) em consonância com o art. 6º da Carta Magna, entendeu que a proteção ao recém-nascido também deveria ser ressaltada.

> "Sob essa ótica, a proteção contra dispensa arbitrária da gestante, caracteriza-se como importante direito social instrumental protetivo tanto da mulher, ao assegurar-lhe o gozo de outros preceitos constitucionais – licença-maternidade remunerada, princípio da paternidade responsável –; *quando da criança, pois a* ratio *da norma não só é salvaguardar outros direitos sociais da mulher* –, como, por exemplo, o pleno gozo do direito à licença maternidade – *mas também efetivar a integral proteção ao recém-nascido, possibilitando sua convivência integral com a mãe, nos primeiros meses de vida, de maneira harmônica e segura – econômica e psicologicamente, em face da garantia de estabilidade no emprego* –, consagrada com absoluta prioridade, no art. 227 do Texto Constitucional, como dever inclusive da sociedade (empregador)." (RE 629.053, Rel. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão: Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. 10.10.2018, Acórdão Eletrônico, Repercussão Geral – Mérito, DJe-040 divulg. 26.02.2019, public. 27.02.2019)[21]

Nota-se, pois, que as normas constitucionais ditam que a interpretação dos dispositivos relacionados à maternidade deve sempre ser pensados em consonância com os interesses da família (interesse em comum de mãe e filho), de maneira que quando se pensa em proteção à maternidade, esta necessariamente deverá ser acompanhada de proteção à infância.

Os filhos dos segurados não poderão ser deixados à míngua pelo Estado, o qual deverá estender ao máximo a sua proteção.

O que se quer dizer com isso? É que as interpretações dos dispositivos que tratam sobre o direito ao salário-maternidade não deverão ser feitas *a priori*, isto é, contando tão somente com a interpretação gramatical, mas, sim, observando o entendimento constitucional. O aplicador do direito, ao

---

20 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. São Paulo: RT, 2015. p. 50.

21 Interessante notar que o TST o entendimento ainda é mais protetivo como se pode observar por trecho de acórdão: "(...) Na ordem constitucional a finalidade da proteção à maternidade mais se dirige ao nascituro do que propriamente à mãe. (...)" (E-RR 57700-79.2007.5.12.0049, j. 11.02.2010, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DEJT 19.02.-2010).

se restringir à interpretação puramente gramatical, estará a deixar de lado a garantia da proteção máxima a que as crianças têm direito.

Dessa feita, o fato de a redação do art. 71-B somente ter surgido nos idos de 2013 não significa que não havia direito à extensão dos benefícios aos cônjuges sobreviventes. Do mesmo modo, o fato de a Lei de Benefícios ter ajustado o seu texto legal às normas constitucionais somente em 2013, não significa que o direito somente surgiu nesse momento. Significa tão somente que o legislador não atendeu aos preceitos constitucionais até então.

Nesse caso, cabe ao judiciário atuar para garantir o cumprimento dos preceitos constitucionais de defesa dos direitos das crianças. Sobre tal ponto, convém trazer novamente as lições de Savaris e Rocha:

> "Corolário da eficácia normativa do princípio da universalidade da proteção humana contra riscos sociais**,** *o Poder Judiciário deve fazer cessar a omissão inconstitucional decorrente da proteção deficiente do direito fundamentação a proteção social*. Da mesma forma, com fundamento no princípio da proibição deficiente, deve-se *afastar condicionante legal que, em determinadas circunstâncias, afigura-se desproporcional e culmina por comprometer a própria finalidade do sistema protetivo*, qual seja a de oferecer proteção à vida humana que se encontra em contingência social adversa."[22]

Nota-se, pois, que a interpretação a ser dada com o fito de garantir o cumprimento aos preceitos constitucionais é aquela que possibilita a extensão do salário-maternidade com o óbito da mãe, pois somente essa interpretação garante a proteção da família – em especial, a criança – após o falecimento da segurada instituidora. Afinal, conforme já exposto, não há como se pensar em proteção à maternidade sem pensar em proteção à infância.

V – Dos Deveres do Cônjuge Sobrevivente: Igualdade de Direitos e Deveres. Impossibilidade de Distribuição do Risco Social ao Cônjuge

Ademais, a interpretação restritiva acerca da extensão do salário-maternidade renegando tal direito ao cônjuge sobrevivente é calcada em preconceitos e a manutenção desses preconceitos quando da interpretação dos dispositivos legais que dão base ao salário-maternidade somente servirá para distribuir o risco social ao cônjuge sobrevivente.

Primeiramente, convém ressaltar que o legislador brasileiro sempre concebeu os dispositivos que garantem o direito ao acompanhamento da

22 ROCHA, Daniel Machado; SAVARIS, José Antônio. *Curso de direito previdenciário*. Curitiba: Alteridade, 2014. p. 127-128.

criança à mulher, como se esta fosse uma incumbência socialmente condizente apenas com este gênero. Trata-se de um preconceito.

Afinal, há igualdade entre os homens e as mulheres, reconhecendo-se a identidade dos direitos e deveres a serem desempenhados por cada qual, no que diz respeito à sociedade conjugal, consoante pode-se entender pelo art. 226, § 5º, da Carta Magna:

> "Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...)
>
> § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher."

Como bem destaca de Paulo Lôbo[23], o poder paterno se encontra na proteção do poder familiar, devendo, pois, ser distribuído ao pai.

> "(...) encargo legalmente atribuído a alguém, em virtude de certas circunstâncias, a que se não pode fugir. O poder familiar dos pais é ônus que a sociedade organizada a eles atribui, em virtude da circunstância da parentalidade, no interesse dos filhos. O exercício do múnus não é livre, mas necessário no interesse de outrem. É, como diz Pietro Perlingieri, um verdadeiro ofício, uma situação de direito-dever; como fundamento da atribuição dos poderes existe o dever de exercê-los."

Como se vê, antes mesmo do falecimento da mãe, é cabível ao pai cuidar de sua prole.

Que não se interprete a existência de tal dever de maneira equivocada: significa que ao pai também cabe a responsabilidade de cuidar da prole e não que os riscos sociais decorrentes do falecimento da mãe estariam afastados pela permanência do pai.

A existência desse dever não afasta o fato de que, vindo a mãe a falecer, a família restará duplamente desamparada: (a) financeiramente falando sem o salário-maternidade; (b) pessoalmente e afetivamente falando, por não contar com figura materna.

Ainda que se diga que os dependentes deixados teriam direito à pensão por morte da *de cujus*, o duplo desamparo ainda se mantém, haja vista que: (a) os valores auferidos pelo salário-maternidade e pela pensão por morte são distintos, sendo aquele condizente com a última remuneração e este último benefício deverá ser calculado com base no art. 29, II; (b) segundo que a pensão por morte não possibilitará que o cônjuge sobrevivente acompanhe os primeiros meses do seu filho, uma vez que não terá qualquer garantia referente ao afastamento do trabalho.

---

23 LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e o novo Código Civil*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 179-180.

Logo, ainda que se entenda que a interpretação mais justa não seguisse os ditames constitucionais, passando-se a admitir que o benefício serviria somente para tratar de uma proteção do segurado à manutenção do vínculo laboral em virtude desse período de 120 dias em que estaria afastado do trabalho, a conclusão não se altera: há que se estender a proteção do salário-maternidade.

A concessão do salário-maternidade implica em mais que uma mera proteção formal, mas também uma proteção substancial ao risco social inerente ao momento posterior ao parto (ou adoção[24]). É que, por mais que se garanta que o segurado(a) possa voltar ao labor após o afastamento que lhe fora concedido para cuidar dos primeiros momentos desse vínculo formado pelo genitor e filho, isso não seria suficiente para lhe dar meios de se afastar do trabalho, afinal, a garantia a um afastamento não possibilitaria meios de prover o sustento da criança.

Em outras palavras, além dessa garantia de estabilidade trabalhista, deve-se garantir uma estabilidade financeira durante tal período, o que se dá por meio da percepção de valores suficientes para que o segurado se volte a cuidar de sua prole. Há que se garantir, pois, além dos meios formais, meios materiais (diga-se, financeiros) para tal proteção social.

No final das contas, negar a extensão do salário-maternidade seria o mesmo que redistribuir um "infortúnio" – uma vez que o pai, para cuidar do filho, deveria se afastar do trabalho – sem que houvesse uma correspondente proteção social. Os beneficiários da previdência social saíram prejudicados sob esse viés: pai e filho.

Trata-se, pois, da interpretação mais injusta.

VI – Da Legislação Internacional

Ademais, convém ressaltar que há atos normativos internacionais que foram recepcionados pela legislação pátria. Em tais atos, há diversos dispositivos cujo intuito de segurança social às crianças é bastante claro.

Tais atos, como é sabido, adentram no Brasil com *status* de norma supralegal, sendo possível sua utilização para desenvolvimento interpretativo e consequente criação normativa.

---

24 Aos adotantes também é devido o direito ao salário-maternidade, conforme art. 71-A da Lei nº 8.213/91, segundo o qual: "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. (Redação dada pela Lei nº 12.873, de 2013)".

De acordo com a Convenção nº 103 da OIT[25], relativa ao amparo à maternidade, deverá ser paga prestação em espécie que seja suficiente para assegurar plenamente a subsistência da mulher e de seu filho.

Como se pode observar desde 1953, quando houve a edição da referida Convenção, já havia preocupação com a destinação do pagamento do salário-maternidade, de maneira a abranger a criança, afinal, dentre as pessoas que se encontram em risco social, não está somente a mulher, mas também – e especialmente – a criança.

> "Artigo IV
>
> 1. Quando uma mulher se ausentar de seu trabalho em virtude dos dispositivos do artigo três acima, ela tem direito a prestações em espécie e à assistência médica.
>
> 2. A percentagem das prestações em espécie será estipulada pela legislação nacional *de maneira a serem suficientes para assegurar plenamente a subsistência da mulher e de seu filho em boas condições de higiene e segundo um padrão de vida apropriada*." (Grifos nossos)

Ademais, convém colacionar trecho da Convenção sobre os Direitos da Criança, que foi promulgada pelo Brasil, por meio do Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Nessa convenção internacional, foi garantido tanto à criança quanto aos pais a aplicação dos direitos sem que houvesse distinção sobre os seus pais ou representantes legais.

> "Artigo 2
>
> 1. Os Estados Partes respeitarão os direitos enunciados na presente Convenção e assegurarão sua aplicação a cada criança sujeita à sua jurisdição, sem distinção alguma, independentemente de raça, cor, sexo, idioma, crença, opinião política ou de outra índole, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, deficiências físicas, nascimento *ou qualquer outra condição da criança, de seus pais ou de seus representantes legais*.
>
> Artigo 26
>
> 1. *Os Estados Partes reconhecerão a todas as crianças o direito de usufruir da previdência social, inclusive do seguro social, e adotarão as medidas necessárias para lograr a plena consecução desse direito, em conformidade com sua legislação nacional*.
>
> 2. *Os benefícios deverão ser concedidos, quando pertinentes, levando-se em consideração os recursos e a situação da criança e das pessoas responsáveis pelo seu sustento*, bem como qualquer outra consideração cabível no caso de uma solicitação de benefícios feita pela criança ou em seu nome." (Grifos nossos)

25 Adentrou primeiramente pelo Decreto nº 58.820, de 14 de julho de 1966, o qual foi revogado e adicionado como anexo do Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019.

Ademais, o ECA – Estatuto da Criança e Adolescente – não se restringe ao amparo financeiro, sendo também lhe garantido o direito à criação e educação perto de seus pais, sejam estes oriundos de família substituta ou não.

> "Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à *liberdade e à convivência familiar* e comunitária.
>
> (...)
>
> Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que *permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência*.
>
> (...)
>
> Art. 19. *Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente*, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes." (Redação Original)

Com isso, resta demonstrado que há diversos atos normativos que garantem direitos da criança, de maneira a dar lastro à efetivação dos direitos sociais. Em especial é possível, numa interpretação sistemática, que seja concedida a extensão de licença-maternidade para criança sem que lhe sejam retirados os direitos por conta de uma interpretação restritiva.

VII – Conclusão

Diante das interpretações extraíveis do ordenamento jurídico, verifica-se a existência de norma que viabiliza a concessão do benefício em caso de falecimento da segurada-instituidora. Afinal, ainda que ausente texto específico que lhe fundamente, é possível criar norma diante da proteção à maternidade e à infância.

O risco social, como dito, não atinge somente a mãe, haja vista que a família como um todo é colocada em risco com o falecimento.

Cercear a proteção da criança em tal momento de vulnerabilidade, vai de encontro às normas constitucionais e internacionais e, como demonstrado, também avilta contra o intuito do próprio benefício.

TITLE: Extension of the maternity salary in the event of the insured-institutor's death: a hermeneutic analysis.

ABSTRACT: This paper shows the interpretations that can be extract from the law when it faces a question about the extension of the right to maternity pay to the spouse, in case of the insured-institutor's death. It will begin analyzing the existence of the norm, given that the text was brought with the Law no. 12,873/2013, which included art. 71-B in Law no. 8,213/91. The premises of this article will be guided by the constitutional interpretation of the right to maternity and childhood protection.

KEYWORDS: Maternity Salary. Maternity Protection. Child Protection. Constitutional Interpretation.

VIII – Referências Bibliográficas

ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2019.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BALERA, Wagner. Natureza jurídica do salário-maternidade. *Revista Brasileira de Direito Previdenciário*, Porto Alegre, Magister, ano I, n. 1, fev./mar. 2011.

BARCELLOS, Ana Paula. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. São Paulo: RT, 2015.

GRAUS, Eros Roberto. *Por que tenho medo de juízes*: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

HORVATH JUNIOR, Miguel. *Direito previdenciário*. 8. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 20. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e o novo Código Civil*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PASSOS, Fábio Luiz. Benefícios por encargos familiares: salários família e salário maternidade. In: SAVARIS, José Antônio (Coord.). *Direito previdenciário*: problemas e jurisprudência. 2. ed. Curitiba: Alteridade, 2015.

ROCHA, Daniel Machado. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social.* 16. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

ROCHA, Daniel Machado; SAVARIS, José Antônio. *Curso de direito previdenciário*. Curitiba: Alteridade, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

Recebido em: 10.04.2022

Aprovado em: 07.01.2023