

CENTRO UNIVERSITÁRIO LUTERANO DE SANTARÉM
CURSO DE DIREITO

ANAMELIA SILVA DOS SANTOS BERNARDES
KARINA ALMEIDA SILVA

**SALÁRIO MATERNIDADE PARA MÃES ADOTIVAS SUA APLICAÇÃO E
IMPLICAÇÕES NA NORMA VIGENTE**

SANTARÉM
2013

ANAMELIA SILVA DOS SANTOS BERNARDES
KARINA ALMEIDA SILVA

**SALÁRIO MATERNIDADE PARA MÃES ADOTIVAS SUA APLICAÇÃO E
IMPLICAÇÕES NA NORMA VIGENTE**

Pesquisa apresentada como requisito para a obtenção do Grau de Bacharel em Direito no Centro Universitário Luterano de Santarém, Coordenação do Trabalho de Conclusão de Curso do Direito.

Orientadora: Prof.ª Rosalice Monteiro
Câmara.

SANTARÉM
2013

PARECER DA PROFESSORA ORIENTADORA

A presente monografia acha-se em condições de ser encaminhada ao coordenador do TCC, para verificação do cumprimento dos requisitos exigidos na Resolução n.º 01, de 13.08.96, do Conselho Departamental e pelo regulamento do TCC do Curso de Direito, ambos do Centro Universitário Luterano de Santarém – CEULS/ULBRA.

Isto posto, entendo pela sua admissibilidade, no sentido de qualificar os acadêmicos a concluir o Curso de Bacharelado em Direito, após promoção da defesa pública do trabalho, ora posto à lume, perante a Banca Examinadora.

Santarém-PA, 03 de maio de 2013.

Profa. Rosalice Maria Fernandes Monteiro Câmara
Professora Orientadora da Monografia

ANAMELIA SILVA DOS SANTOS BERNARDES
KARINA ALMEIDA SILVA

**SALÁRIO MATERNIDADE PARA MÃES ADOTIVAS SUA APLICAÇÃO E
IMPLICAÇÕES NA NORMA VIGENTE**

Trabalho de Conclusão de Curso (TCC)
apresentado como requisito para a obtenção
de grau de bacharel em Direito pelo Centro
Universitário Luterano de Santarém.

Data da apresentação: ____ / ____ / ____

Profa. Rosalice Maria Fernandes Monteiro Câmara
Presidente—CEULS/ULBRA

NOME
Titulação - Instituição

NOME
Titulação - Instituição

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar à Deus por ter me dado todas as oportunidades que tive para nunca desistir do meu sonho, iluminando os meus passos para que com força pudesse concluir mais uma etapa da minha vida.

Aos meus pais Rui e Lourdes, que acreditaram em mim e nunca mediram esforços para a minha formação, e sei que muitas vezes abriram mão de seus interesses em função dos meus, me dando todo apoio e ajuda ao longo deste cinco anos do meu curso. Mãe, seu carinho e cuidado neste momento foi primordial em minha vida, sem você não teria condições nenhuma de continuar com esta caminhada, pois a minha gravidez e a complicação que tive para o nascimento do meu filho sem a sua presença não poderia seguir com este percurso, tinha que ser interrompido até o meu filho crescer um pouco mais. E, por todo seu amor e dedicação à mim e ao meu filho de ficar afastada do meu pai para me ajudar a concluir esta etapa de inúmeras pelas quais vou passar em minha vida. Pai, obrigado por tudo, sem o Senhor financiar este sonho não conseguaria alcançar esta etapa para uma realização profissional futuramente, e por compreender que eu precisava dessa ajuda da minha mãe. Eu amo vocês e meu agradecimento eterno de mim e do meu filho. Ao meu irmão por todo apoio.

Ao meu filho, que é um anjo em minha vida, com sua inocência me traz muita felicidade e muita força para não desistir nunca dos meus objetivos que é tudo em função dele.

Ao meu marido, por compreender a dedicação com os meus estudos e me ajudar nessa realização.

A minha amiga Karina Almeida que confiou em mim e me convidou para compartilhar este nosso primeiro trabalho científico. Obrigado por sua humildade, pelo seu incentivo, seu carinho e sua força durante esta caminhada e por entender o nascimento do meu filho e ter estado sempre ao meu lado. Dizer, obrigado à você é pouco perto de tudo que você passou a significar para mim, jamais vou conseguir expressar por inteiro o quanto sou grata à você.

A minha amiga Kézia Gama que é muito importante para mim, pois sempre esteve ao meu lado me ajudando e dando força nos momentos de minha vida.

À Profa. Rosalice, por sua humanidade em ter entendido a minha complicaçāo na gestāo, e que com muita honra tivemos ela como orientadora dessa pesquisa. Obrigado por ter aceitado o nosso trabalho e por todos os seus ensinamentos, sua paciēncia e sempre acreditando que poderíamos fazer melhor para que tudo desse certo.

A todos os professores do curso de direito, pelos ensinamentos em sala de aula, que no decorrer do curso tiveram a sua contribuiōao especial para a conclusāo desse trabalho cientifico e para a minha formāo profissional.

Este trabalho representa o fim de uma das etapas de inúmeras que ainda irei cumprir, e é com muita emoōao que agradeço à todos que de alguma forma contribuīram para que este sonho viesse a se realizar.

Anamélia Bernardes

Agradeço primeiramente a Deus por ter me dado forças e iluminado meu caminho para concluir, mas uma etapa de suma importāncia em minha vida.

A minha família que é meu porto seguro, principalmente a minha māe Elizabete Almeida que mesmo longe sempre se fez presente me apoiando e acreditando na minha capacidade me dando esperanāa de seguir em frente, a minha avó Joana Almeida que sempre me ensino que temos que lutar pelo nossos sonhos é que esteve presente em toda minha caminhada durante a trajetória na faculdade ao meu Pai Raimundo Silva (*em memória*)que mesmo não estando mas presente entre nós tenho a certeza que de onde estiver está torcendo por mim.

Aos meus irmāos Kelli e Julio pelo apoio incondicional por sempre me entenderem meus melhores amigos, ao meu namorado Mārcio pela paciēncia e apoio.

A minha parceira amiga Anamelia Silva dos Santos Bernardes por estar do meu lado nesse momento tão importante das nossas vidas, seu apoio foi essencial para chegarmos até aqui meu muito obrigada. Amiga sem sua compreensão, paciência e dedicação nada disso seria possível te agradeço por tudo estamos concluindo essa jornada de cinco anos com muito esforço e dedicação.

Aos amigos que conheci nesses cinco anos levo no todos no coração, em especial a minha amiga Kezia Nogueira que não mediu esforços para me ajudar sempre se fazendo presente nos momentos de angustia ou alegria obrigada por tudo é por me fazer acreditar que nada é impossível .

À minha querida professora orientadora Rosalice Monteiro Camara, pelos seus ensinamentos é por ter acreditado que nos conseguíamos, mulher e profissional a qual tenho maior respeito digna de ser seguida com exemplo. Professora obrigada seria pouco para expressar o quanto sou grata por tudo que a senhora fez por nós, agradeço imensamente.

Meu muito obrigada aos demais professores que no decorrer do curso acreditaram em cada um dos seus alunos é por terem plantando a sementinha de conhecimento em nós.

Essa é mas um etapa que está se concluindo de muitas que ainda viram e que terei que enfrentar, portanto não posso dizer adeus então fica aqui o meu “até logo”.

Karina Almeida

“Adotar crianças, sentindo-as e tratando-as como verdadeiros filhos, significa reconhecer que as relações entre pais e filhos não se medem pelos parâmetros genéticos. O amor que gera, é, antes demais nada, um dom de si”.

João Paulo II

RESUMO

O benefício de salário maternidade é pago a mulher que pretende engravidar ou adotar uma criança, essa mulher conta com a proteção à maternidade que é um privilégio no trabalho da mulher no Brasil, tendo como objeto o fato da mulher está no mercado de trabalho e essa não está impedida de viver a maternidade, uma vez que o trabalho da mulher é de suma importância para a sociedade, porém o desejo de ser mãe precisa ser respeitado, tal benefício é de origem previdenciária, sendo pago pela Previdência Social. Porém no decorrer da discussão sobre o benefício de salário maternidade houve várias modificações e a de maior relevância foi o direito a mãe adotiva fazer jus ao benefício antes da publicação da Lei nº 10.421/2002, não havia norma específica concedendo direito ao salário maternidade a mãe adotiva, porém a citada lei fez uma distinção em relação ao período de gozação ao benefício de mãe biológica e adotiva, pois, em casos de adoção o período de afastamento da segurada pode variar de 120 dias a 30 dias, isso depende da idade da criança que está sendo adotada. A Lei nº 12.010/2009 alterou o artigo 392-A, CLT, passando a ser concedida a licença maternidade de 120 (cento e vinte) dias, independentemente da idade da criança. No entanto, a lei, em nada modificou a Lei Previdenciária nº 8.213/91 em seu artigo 71-A e o artigo 93-A do Decreto 3.048/99, deixando uma contradição entre as leis, fazendo com que a mãe adotiva continue a receber o benefício do salário maternidade de forma diferenciada, em razão da idade da criança adotada.

Palavras-chaves: Licença Maternidade. Mãe Adotiva. Salário Maternidade.

ABSTRACT

The benefit of maternity pay is paid to women who want to conceive or adopt a child, this woman has the protection maternidadeque is a privilege in women's work in Brazil, having as object the fact that women are in the labor market and that there is prevented from living motherhood, as women's work is of paramount importance to society, but the desire to be a mother needs to be respected, such benefit is the source pension being paid by Social Security. But the results from the discussion on the benefit of maternity pay was several modificaçõese the most relevant was the right adoptive mother to live up to beneficioque before the publication of Law No. 10.421/2002, there was no specific provision granting the right to maternity pay foster mother but the same law made a distinction in relation to the period of benefit to the mockery of biological and adoptive mother, as in the case of adoption leave period the insured can vary from 120 days to 30 days, it depends on the age of the child is being adopted. Law No. 12.010/2009 amended Article 392-A, CLT, going to be granted maternity leave of 120 (one hundred twenty) days, regardless of the age of the child. However, the law, nothing changed in the Social Security Law No. 8.213/91 in Article 71-A and Article 93-A of Decree 3.048/99, leaving a contradiction between the laws, making the adoptive mother continues to receive the benefit of maternity pay differently, given the age of the adopted child

Keywords: Maternity. Adoptive mother. Maternity Pay.

LISTA DE SIGLAS

ADCT – Atos das Disposições Constitucionais Transitórias

CF – Constituição Federal

CLT – Constituição das Leis do Trabalho

CNPS – Conselho Nacional de Previdência Social

DATAPREV– Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

FUNRURAL – Fundo de Assistência e Previdência do Trabalho Rural

IAPAS – Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social

INPS – Instituto Nacional de Previdência Social

INSS – Instituto Nacional do Seguro Social

ISSB – Instituto de Serviços Sociais do Brasil

LOPS – Lei Orgânica da Previdência Social

OIT – Organização Internacional do Trabalho

SUS – Sistema Único de Saúde

TST – Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 HISTÓRICO DA SEGURIDADE SOCIAL NO BRASIL	14
2.1 CONSTITUIÇÃO DE 1934	15
2.2 CONSTITUIÇÃO DE 1937	15
2.3 CONSTITUIÇÃO DE 1946	16
2.4 CONSTITUIÇÃO DE 1967	17
2.5 CONSTITUIÇÃO DE 1988	17
2.6 DENOMINAÇÃO	18
2.7 CONCEITO DE SEGURIDADE SOCIAL E PREVIDÊNCIA SOCIAL	19
2.8 CONSELHO NACIONAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL (CNPS)	21
2.9 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA SEGURIDADE SOCIAL	21
2.9.1 Da igualdade	21
2.9.2 Da Legalidade	22
2.9.3 Da Solidariedade	22
2.9.4 Do Direito Adquirido	23
2.9.5 Da universalidade da cobertura e do atendimento.....	24
2.9.6 Da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais	25
2.9.7 Da seletividade e distributividade na prestação de benefícios e serviços	25
2.9.8 Da irreversibilidade do valor dos benefícios	26
2.9.9 Da equidade na forma de participação no custeio	27
2.9.10 Diversidade da base de financiamento	27
2.9.11 Caráter democrático e descentralizado da administração	27
2.9.12 Preexistência do custeio em relação ao benefício ou serviço	28
3 PROTEÇÃO À MATERNIDADE (ART. 7º, INCISOS XX E XVIII)	30
3.1 A PROTEÇÃO A SEGURADA QUE ADOTA	33
3.2 PRÁTICAS DISCRIMINATÓRIAS CONTRA MULHER	34
3.3 TRABALHO DA MULHER	35
3.3.1 Cabimento das normas da proteção do trabalho da mulher e suas respectivas condições	36
3.3.2 A Proteção do Trabalho da Mulher	38
4 SALÁRIO MATERNIDADE DE MÃE ADOTIVA NO SENTIDO DA NORMA VIGENTE	41
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	56
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:.....	58

1INTRODUÇÃO

O presente trabalho constitui-se em uma explanação sobre o benefício previdenciário denominado de Salário maternidade que está inserido dentro dos direitos e garantias fundamentais no artigo 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal, de 1988, na legislação previdenciária lei nº 8.213/91 em seu artigo 71-A é no decreto 3.048/99 em seu artigo 93-A, bem como nas Leis de Consolidação Trabalhista em seu artigo 392 e seguintes que assegura que a empregada gestante tem direito à salário-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário.

Esse período que a mulher se afasta da sua função laboral tem como propósito deixar que ela cumpra seu papel como mãe atendendo as necessidades do seu filho assim como se recuperar fisicamente e psiquicamente, para poder ter um retorno adequado à sua função laboral. O salário maternidade no decorrer da história passou por diversas mudanças, e uma foi de extrema importância a qual o presente trabalho dar-se-a maior ênfase que foi o salário maternidade devido à mãe adotante, regulamentado pela lei nº 10.421/2002 que regulamenta que as mães adotantes farão jus ao benefício de salário-maternidade e terão garantia de não serem dispensadas do trabalho.

Ocorre que com a promulgação da referida lei houve uma distinção entre filhos biológicos e adotados, pois a lei diferenciou o recebimento do benefício entre mãe biológica e adotiva, sendo que o referido benefício será pago de acordo com a idade da criança adotada.

Porém, a lei 12.010/09 alterou os artigos do ECA, e das consolidações das leis do trabalho que passaram a determinar que as mães adotivas terão direito ao salário maternidade no prazo de 120 dias independentemente da idade da criança. Eis que a lei em nada modificou a lei previdenciária nº 8.213/91 em seu artigo 71-A e o artigo 93-A do Decreto 3.048/99, portanto a mãe adotiva continuou a receber o benefício de forma diferenciada em razão da idade da criança adotada, sendo que o benefício de salário maternidade é concedido pela previdência social.

O método utilizado na elaboração do trabalho foi bibliográfico abrangendo a leitura, em análise de livros, sites da internet, jurisprudências e a utilização da legislação (Constituição Federal, Consolidações da leis trabalhista, Estatuto da

Criança e do adolescente tendo maior ênfase na legislação previdenciária) o trabalho se divide em três capítulos.

O primeiro capítulo trata da previdência social autarquia a qual concedi o aludido benefício, trazendo o histórico e as constituições que fizeram referencias no ao salário maternidade, além de mostrar os princípios norteadores da seguridade social e previdência social.

O segundo capítulo alude sobre a proteção a maternidade e práticas discriminatórias da mulher mostrando as dificuldades que a mulher teve até conseguir tal beneficio.

O terceiro capítulo busca esclarecer sobre os prazos de fruição do beneficio de salário maternidade para mãe adotante com base a idade da criança sob a luz da Lei 8.213/91 e Decreto 3.048/99 é das jurisprudências que cada vez tem sido unânime que o prazo do beneficio é de 120 dias para mãe adotante independente da idade da criança tendo como base o principio da isonomia, é mostrar que o benefício de salário maternidade é assegurado aos filhos biológicos e aos adotados sem diferenciação de prazo, demonstrando no decorrer do trabalho a aplicação da norma em relação ao beneficio.

2HISTÓRICO DA SEGURIDADE SOCIAL NO BRASIL

Entende alguns autores que a primeira manifestação que se teve no Brasil sobre previdência social foi no ano de 1821, com então príncipe dom Pedro de Alcântara que decretou a aposentadoria dos mestres e professores desde que esses completassem 30 anos de serviço.

O marco inicial no assunto previdência social no Brasil foi trazido pelo decreto nº 4.682/23 chamado de Eloy Chaves onde estabelecia um sistema de benefícios para os ferroviários onde foram criadas as caixas de aposentadorias e pensões as chamadas (Caps) para cada uma das empresas ferroviárias.

Odonel Urbano Gonçalves situa:

O Decreto nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923, como ponto de partida da Previdência Social Brasileira onde outras empresas tiverem que construir um fundo de amparo aos trabalhadores, nessa época as pessoas entendiam que a aposentadoria era a própria Previdência Social.¹

Porém, o sistema previdenciário também passou por uma crise em 1930, onde foi constatado através de denúncias que havia várias fraudes no sistema, tais fraudes aconteceram no Governo de Getúlio Vargas esse então foi obrigado a suspender a concessão de qualquer aposentadoria pelo prazo de seis meses. Em maio de 1943, o decreto lei nº 5.452 aprovou a consolidação das leis do trabalho e também elaborou o primeiro projeto de consolidação de leis de Previdência Social. Em 1945 foi criado o Instituto de Serviços Sociais do Brasil e em 1946 o Conselho Superior da Previdência Social e o Departamento Nacional de Previdência Social.

Uma segunda norma previdenciária surgiu com a lei nº 3.807/60 e foi nela que se estabeleceu a organização da previdência social com integração aos institutos de aposentadorias e pensões chamados de Lei Orgânica da Previdência Social.

A constituição de 1891, trouxe a aposentadoria por invalidez para os servidores públicos, sendo essa a primeira constituição a denominar a palavra aposentadoria ela estabelecia que essa aposentadoria só poderia ser dada a funcionários públicos e de fato era realmente dada pois, na época não havia nem um meio de contribuição para o recebimento desse valor².

¹GONÇALVES, Odonel Urbano. **Direito previdenciário para concursos.** São Paulo: Atlas, 2006, p. 26.

²MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social.** 25 ed. 2 reimpr., São Paulo: Atlas, 2007.p.7

E, seguindo assim foi criada a lei nº 217, de 29 de novembro de 1892 que criou a aposentadoria por invalidez, e pensão por morte aos operários da marinha do rio de janeiro. Vale ainda ressaltar o decreto 3.724, de 15 de janeiro de 1919 que registro a lei de acidente de trabalho esse decreto foi um marco para historia quando aplicou a responsabilidade ao empregador ao dano causado ao empregado referente ao trabalho que ele exercia, ou seja, em decorrência ao acidente do trabalho.

Em seguida retratos das constituições que trouxeram a previdência social no Brasil.

2.1 CONSTITUIÇÃO DE 1934

A competência para instituir normas sobre aposentadorias nessa constituição ficaram ao encargo do poder legislativo, como se pode perceber em seu artigo 39, inciso VII, intem d, essa tinha a proteção ao trabalhador, ealíniah, do parágrafo 1º, do art.121, que segundo Sérgio Pinto Martins, tratava da:

Assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso, antes e depois do parto, sem prejuízo ao salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da união, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes do trabalho ou de morte.³

Ou seja, era um meio de amparar os segurados se houvesse qualquer dos problemas citados acima. No que tange a história a constituição de 1934 foi à primeira em que estabelecia uma forma de custeio entre o empregado e empregador, sendo assim obrigatória a contribuição. Percebe-se ainda que a constituição fez referência somente a expressão “previdência” mas não usou a expressão social.

2.2 CONSTITUIÇÃO DE 1937

Com a entrada da constituição de 1937 em vigor, pouco falou sobre a matéria previdenciária em nada evolui referente às constituição anterior ao contrário a

³MARTINS, Sérgio Pinto. Direito da Seguridade Social. 25 ed. 2 reimpr., São Paulo: Atlas, 2007, p.09.

mesma regrediu, pois a previdência social apenas foi expressada em duas alíneas do artigo 137, da citada constituição as alíneas m e n.

Artigo 137, alínea m, diz que “a instituição de seguros de velhice, de invalidez, de vida, e para os casos de acidente de trabalho”; Artigo 137, alínea n, trata das “as associações de trabalhadores têm o dever de prestar aos seus associados auxílio ou assistência, no referente às práticas administrativas ou judiciais relativa aos seguros de acidente de trabalho e aos seguros sociais”.

Pode-se perceber que nos artigos citados acima não se falou de previdência social na verdade a carta magna visou muito a expressão “seguro social” ao invés de previdência social.

Na vigência da constituição de 1934 surgiu o decreto lei nº 7.526 de 1945 onde determinou que fosse criado um só tipo de instituição de previdência social, criando assim, o Instituto de Serviços Sociais do Brasil(ISSB) que essa era a lei orgânica dos serviços sociais do Brasil, que iria cobrir todos os empregados ativos a partir de 14 anos, tendo um único plano de contribuições e benefícios.

Porém, o ISSB (Instituto de Serviços Sociais do Brasil) não pode ser implantado na prática por falta de créditos, pois o Governo do Presidente Eurico Gaspar Dutra com a Constituição de 1946, não disponibilizou os créditos necessários para o instituto ser implementado.

2.3 CONSTITUIÇÃO DE 1946

Na referida Constituição se tratou a matéria previdenciária no mesmo artigo que versava sobre o direito do trabalho, artigo 157.E, foi nessa constituição que surgiu pela primeira vez a expressão “Previdência Social” desaparecendo expressão “Seguro Social” que a constituição de 1937 se referia.

Em seu artigo 157, inciso XVI, a Constituição retrata a “previdência, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade e contra as consequências da doença, da velhice, da invalidez e da morte”. Essa tríplice é forma de custeio e foi repetida nas constituições posteriores, dispondo ainda o inciso XVII sobre a “obrigatoriedade da instituição do seguro pelo empregador contra os acidentes do trabalho”.

A lei nº 3.807 de 1960, denominada como Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS) trouxe vários de tipos de auxílio como: como auxílio natalidade, auxílio funeral e auxílio reclusão, e ainda abriu a área de assistência social e outras categorias profissionais. A LOPS não era uma CLT essa lei era nova e trazia novos benefícios disciplinando ainda as normas de previdência social, a CLT era apenas leis esparsas por meio de um decreto lei, que não trazia nada de novo. Vale ressaltar que a LOPS elevou o teto do salário de contribuição que era de três para cinco salários.

É ainda na constituição de 1946 foi promulgada a lei nº 4.214 de 1963 que criou o Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural (FUNRURAL), mas esse não teve aplicação prática foi só implantados alguns serviços assistenciais que se diferenciava do trabalhador urbano.

No que tange a constituição de 1946 esses foram os pontos de principais importância no âmbito previdenciário.

2.4 CONSTITUIÇÃO DE 1967

Essa constituição não inovou em nada a constituição de 1946, pois repetia praticamente as mesmas coisas da passada a única diferença que se pode perceber foi que seria que o seguro acidente de trabalho que antes era integrado pelo sistema previdenciário por meio da lei 5.316 de 1967 deixou de ser destinado a uma entidade privada, para ser administrado pelo INPS.

2.5 CONSTITUIÇÃO DE 1988

E finalmente se chega a constituição vigente nos dias atuais, promulgada em 5-10-1988, trazendo consigo um capítulo que realmente se expressa a previdência social que institui a seguridade social em seus artigos 194 a 204, onde a previdência social , a assistência social e a saúde passaram a fazer parte do gênero seguridade social.

O Decreto nº 99.350 de 27-6-1990 foi quem criou o INSS (Instituto Nacional de Seguro Social), é a lei nº 8.020 de 12-4-1990 foi que permitiu a criação do INSS que é uma autarquia federal gestora da Previdência Social (MPS) e está vinculada ao Ministério do Trabalho e Previdência Social. O INSS nasceu com a fusão do IAPAS com o INPS. Então a partir dessa fusão o INSS passou a ter a exclusiva

responsabilidade de cobrar as contribuições e pagar os benefícios, onde passou a existir apenas um órgão. Há vários anos a reforma do sistema previdenciário estava sendo discutida no congresso nacional, nesse contexto foram editadas várias leis das quais alteraram diversos dispositivos.

Com a promulgação da emenda nº 20 de 15/12/1998 houve várias alterações ao sistema previdenciário contido na carta magna uma delas constituiu que:

A aposentadoria por tempo de contribuição e não mais de serviço, exigindo 35 anos de contribuição do homem e 30 mulher. Somente os professores de ensino fundamental e médio podem se aposentar com 30 anos (homem) e 25 anos (mulher). O salário-família e o auxílio-reclusão passaram a ser devidos apenas ao dependente do segurado de baixa renda.

E, finalmente em 1991 foi aprovada as leis nº 8.212/91 e 8.213/91, sendo que a lei 8.212/91 institui as fontes de custeio da Seguridade Social e a lei 8.213 os planos e serviços da previdência social, que essa é, mediante contribuição, podendo encontrar as regras atuais sobre a previdência nos artigos 201 e 202 da Constituição Federal (Previdência Privada Complementar). Em seguida o decreto nº 3.048 de 6/5/99 foi aprovado como o Regulamento da Previdência Social (RPS), revogando os decretos nºs. 2.172 e 2.173/97, tornando-se assim um único regulamento. A lei nº 9.876/99 veio a complementar a reforma previdenciária e criar o fator previdenciário, que prevê a expectativa de vida do segurado para cálculo do benefício. Tendo como objetivo o equilíbrio financeiro atuarial do sistema.

Por fim se pode concluir que foi a constituição de 1988 instituiu, por exemplo, quem tem direito aos benefícios e quais são os benefícios, tendo regulamentado as leis 8.212/91 e 8.213/91 como parâmetro no que tange a previdência social.

2.6 DENOMINAÇÃO

A constituição de 1934 foi a primeira a utilizar a expressão “previdência” em seu (artigo 121, §1º, “h”) não empregando a palavra social, a carta magna de 1937 emprega a expressão “previdência social” que foi onde surgiu pela a primeira vez a expressão mencionada.

2.7 CONCEITO DE SEGURIDADE SOCIAL E PREVIDÊNCIA SOCIAL

O conceito de seguridade social vêm a ser um conjunto de princípios e de regras e de instituições destinado a estabelecer um sistema de proteção social aos indivíduos. O conceito está expresso na lei pelo art. 194 da CF/88: “conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

Ou seja, essa iniciativa deve mostrar que os Poderes Públicos e a sociedade devem demonstrar que a solidariedade é o fundamento da seguridade social, pois está garantida a proteção social abrangida na Assistência Social, na Previdência Social e no direito à saúde.

A seguridade entra em ação quando o indivíduo passa por dificuldades e não tem as mínimas condições de prover seu próprio sustento ou de sua família por diversas dificuldades como doença, invalidez e outras causas. Se esse indivíduo for segurado da previdência social a proteção será através do pagamento de benefícios adequados à contingência-necessidade que o atingiu. Se esse não for segurado de regime algum esse terá direito a benefícios e serviços da assistência social desde que preencha todos os requisitos legais.

O papel da seguridade social é garantir o mínimo necessário à sobrevivência do indivíduo, ou seja, está vindo a ser o instrumento de bem estar e também o redutor das desigualdades sociais. Sendo que as prestações de assistência social impõem o preenchimento dos requisitos legais e independe de contribuição para o custeio.

O que se entende é que prestação de seguridade social se trata de gênero do qual benefícios e serviços são espécies, tais benefícios são as prestações pagas em dinheiro.

A expressão previdência vem do latim *previdere*, ou de *praevidentia*, prever, antever. O artigo 1º da lei nº 8.213/91 expõe:

A previdência Social, mediante contribuição, tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependem economicamente.⁴

⁴RIDEL, Vademecum, 2012. p. 1414.

O artigo acima supracitado, estabelece que a autarquia federal tem como finalidade assegurar os beneficiários que contribuem com a mesma meios indispensáveis a sua manutenção por situações de doença, idade avançada, tempo de serviço, prisão ou morte daqueles que dependiam economicamente, essa finalidade tem como base às contingências a serem cobertas. Quando o autor se refere a meios indispensáveis para a sobrevivência ele está mencionando as condições mínimas de vida que estão no artigo 7º, IV da CF/88, pois esse também menciona os componentes do salário mínimo, ou seja todos nos precisamos de moradia, alimentação, educação, saúde, lazer e afins ou seja o benefício tem que ser pelo menos de um salário mínimo ao segurado como condiz (o parágrafo 2º do art 201, da CF/88), pois é uma forma de preservar a dignidade da pessoa humana.

Wladimir Novaes Martinez conceitua Previdência Social como:

[...] a técnica de produção social que visa propiciar os meios indispensáveis à subsistência da pessoa humana – quando esta não pode obtê-los ou não é socialmente desejável que os aufira pessoalmente através do trabalho, por motivo de maternidade, nascimento, incapacidade, invalidez, desemprego, prisão, idade avançada, tempo de serviço ou morte – mediante contribuição compulsória distinta, provenientes da sociedade e de cada um dos participantes.⁵

Segundo Sérgio Pinto Martins relaciona que:

A Previdência é a amostra da seguridade social, pois é composto por um conjunto de princípios e regras, instituições que são capazes de estabelecer um sistema de proteção social mediante as contribuições de seus segurados. Os princípios da previdência social estão elencados no artigo 2º da lei 8213/91, e as regras também se encontram na lei 8213/91, pois essa trata dos benefícios da previdência social, no entanto, se tem o decreto nº3.048/99 que é o regulamento da previdência social.⁶

Portanto, no que tange o conceito de previdência social entende-se que nada, mas é do que um seguro social que propõe aos seus segurados que contribuem como forma de pagamento quando sofrem algum tipo situação seja por doença, maternidade, prisão ou morte ou idade avançada é o meio de sobrevivência por não estarem trabalhando.

⁵MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios do direito previdenciário.** 4. ed. São Paulo: LTr, 2001, p.132.

⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social.** 24. ed. rev. atual. eampl. São Paulo: Atlas, 2007, p. 280.

2.8 CONSELHO NACIONAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL (CNPS)

É o órgão composto por:

1. Seis representantes do Governo Federal;
2. Nove representantes da sociedade civil, sendo (1) três representantes dos aposentados e pensionistas(2) três representantes dos trabalhadores em atividade; (3) três representantes dos empregados.

O CNPS (Conselho Nacional de Previdência Social) se reúne uma vez por mês por convocação do presidente esse é escolhido pelo presidente da república tendo mandato de 2 anos, vale ressaltar que essa reunião não pode ser adiada por mais de 15 dias.

Competirá ao ministério da previdência social proporcionar ao CNPS todos os meios necessários em seu exercício esse contará com uma secretaria executiva.

É por fim as decisões pronunciadas pelo CNPS deverão ser publicadas no diário oficial da união.

2.9 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA SEGURIDADE SOCIAL

A Constituição busca um consenso social servindo de parâmetro tanto para os princípios quanto nas aplicações de normas, pois os princípios validam a constitucionalidade das regras de uma constituição, devendo orientar, condicionar e iluminar a interpretação de todas as outras normas jurídicas.

Assim, existem certos princípios que podem ser divididos em: princípios gerais e princípios específicos, estando subdivididos em implícitos e explícitos no que se refere o parágrafo único do artigo 194 da Constituição e o inciso I do artigo 3º da Lei Maior quando aplicados ou não a Seguridade Social, mas por serem direitos e garantias fundamentais previstos, como os da igualdade, da legalidade, da solidariedade e do direito adquirido.

2.9.1 Da igualdade

O caput, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 traz o princípio da igualdade ou da isonomia sendo um princípio basilar e norteador de todo ordenamento jurídico que comprehende que a lei é igual para todos, o que consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, inserindo os anseios

da justiça social na medida em que os indivíduos perante a lei devem suprir qualquer tipo de diferenciação.

Nesse aspecto, observa-se que a doutrina majoritária classifica igualdade em: material e formal, pois a material é aquela em que o tratamento é uniforme de todos, ou seja, uma igualdade real perante os bens da vida. Enquanto que, a formal consiste no direito do cidadão de não haver desigualdades pela lei senão ao menos não vedados pelo ordenamento jurídico.

No ensejo dessa igualdade, a lei reconhece a proteção à maternidade, pois todas as mulheres de maneira genérica devem ser tratadas da mesma forma, não havendo razões que justifiquem uma diferença entre trabalhadoras gestantes e adotantes.

2.9.2 Da Legalidade

Já o princípio da legalidade, da reserva legal está elencado no inciso II, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que diz: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da leis”. De modo a impedir que toda e qualquer divergência se resolvam pelo primado da força, mas, sim, na forma da lei.

A Lei no sentido amplo é toda e qualquer forma de regulamentação, por ato normativo, oriundo do Estado como portarias, decretos, medidas provisórias etc., que são advindas do Poder Executivo, não podendo ser consideradas como leis. E a lei em sentido formal são apenas os atos normativos provenientes do Poder Legislativo.

Conclui-se que, nenhum brasileiro pode ser compelido a fazer, a deixar de fazer ou a tolerar que se faça alguma coisa senão em virtude de lei.

2.9.3 Da Solidariedade

O princípio da solidariedade é implícito, pois não constam expressamente na Carta Magna, mas que são inferidos pelas regras de interpretação constitucionais, sendo um dos princípios específicos e considerado como um dos princípios fundamentais do Direito da Seguridade Social, haja vista, que o caráter solidário implica-se na ajuda mútua, ou seja, na assistência social de ajuda ao próximo,

aquele que está necessitado, estando disposto na Constituição Federativa do Brasil, em seu artigo 3º, I, que seu objetivo fundamental é “construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

Sérgio Pinto Martins nos ensina que:

[...]Aplicando este preceito à Seguridade Social, vamos encontrar que aqueles que têm melhores condições financeiras devem contribuir com uma parcela maior para financiar a Seguridade Social. Ao contrário, os que têm menores condições de contribuir, devem ter uma participação menor em seu custeio da Seguridade Social, de acordo com suas possibilidades, mas não pode deixar de contribuir.⁷

Não esquecendo, de enfatizar que, tratando, apenas, de impor limites à liberdade individual, atribuindo inteira relevância à solidariedade social: "o princípio cardeal do ordenamento é o da dignidade da pessoa humana, que se busca atingir através de uma medida de ponderação que oscila entre os dois valores, ora para a liberdade, ora para a solidariedade". Pois, o princípio necessita da tomada da consciência que vai além do âmbito jurídico e que, portanto, sua efetividade depende de algo coletivo.

2.9.4 Do Direito Adquirido

O artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição de 1988 dispõem que a lei não prejudicará o direito adquirido, sendo aplicável a diversas áreas do ordenamento jurídico.

Sérgio Pinto Martins menciona o conceito legal para direito adquirido como “[...] os direitos que seu titular, ou alguém por ele, possa exercer como aqueles cujo começo de exercício tenha termo pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterada ao arbítrio de outrem”.⁸

Pela citação percebe-se que o conceito legal de direito adquirido vem disposto no artigo 6º, § 2º da Lei de Introdução ao Código Civil. Depreende-se desse conceito trazido pela LICC que direito adquirido é aquele já incorporado ao patrimônio de determinada pessoa. Direito na qual nem uma lei, nem um fato posterior poderão modificar.

⁷MARTINS, Sergio Pinto. Direito da Seguridade Social. 27 ed. 2 reimpr., São Paulo: Atlas, 2009, p. 53.

⁸MARTINS, Sergio Pinto. Direito da Seguridade Social. 27 ed. 2 reimpr., São Paulo: Atlas, 2009, p.48.

Para um direito estar caracterizado como adquirido ele deverá possuir ao menos cinco requisitos:

- a) deverá haver um fato aquisitivo de direito e que venha a produzir direitos no momento da lei vigente;
- b) que haja uma lei vigente no momento da realização do fato;
- c) que o agente possua capacidade legal para requerê-la;
- d) o direito terá que fazer parte do patrimônio jurídico do indivíduo;
- e) e por fim, que esse direito não tenha ainda sido realizado em todos os seus efeitos.

Assim, para falar em direito adquirido necessita-se que o fato consumado tenha ocorrido na vigência da lei anterior e que a requisição seja feita na vigência da lei nova. Conforme expõe Martins: “o direito adquirido importa um fato consumado na vigência da lei anterior”.

Outro ponto importante a ser analisado é o princípio do direito adquirido na Previdência Social, pois a Previdência Social é um dos três ramos que integram a Seguridade Social e o direito adquirido tem significado importante para a mesma principalmente no que se refere às concessões de aposentadorias.

Conforme a Lei 8.212/91, no seu artigo primeiro, parágrafo único, de princípios e diretrizes que a seguridade social cumprirá, são princípios explícitos que repete os princípios constitucionais descritos no artigo 194, parágrafo único, da Constituição Federal.

Entre eles encontram-se os princípios da universalidade, da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais, da seletividade e distributividade na prestação de benefícios e serviços, da irreversibilidade do valor dos benefícios, da eqüidade na forma de participação no custeio, Diversidade da base de financiamento, Caráter democrático e descentralizado da administração e preexistência do custeio em relação ao benefício ou serviço, no qual se passa a estudar, individualmente.

2.9.5 Da universalidade da cobertura e do atendimento

O princípio da universalidade é uma ampla proteção, pois a Seguridade Social deve dar proteção de cobertura e de atendimento, conforme a Constituição de 1988, dando garantias a todos os que vivem no território nacional a sobrevivência com dignidade geradas pela necessidade de proteção social das pessoas e o respeito à igualdade, como por exemplo, da maternidade etc. Existindo duas vertentes:

Da universalidade da cobertura que significa dizer que está ligado ao objeto, ou seja, às situações de necessidades previstas em lei e a proteção social. Enquanto que, a universalidade do atendimento refere-se aos sujeitos de direito que visa a que todas as pessoas serão indistintamente acolhidas pela Seguridade Social, independentemente que paguem ou não as suas contribuições, sendo direito da pessoa e dever do Estado (art. 196 da Constituição Federal).

2.9.6 Da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais

O princípio da uniformidade não deixa de ser um desdobramento do princípio da igualdade, estando elencado em seu art. 7º da Constituição Federal, que prevê a uniformidade no tratamento dos direitos trabalhistas entre trabalhadores urbanos e rurais.

No entanto, o constituinte de 1988 buscou acabar com a diferença de tratamento que ocorria entre o urbano e o rural. A uniformidade está relacionada aos mesmos benefícios e serviços, às mesmas proteções, ou seja, o que é concedido ao trabalhador urbano é concedido ao rural. E atualmente, o benefício previdenciário do salário maternidade é atendido por este princípio, pois é pago as trabalhadoras rurais da mesma forma que tradicionalmente é pago as urbanas.

A equivalência diz respeito ao valor, isto é, os trabalhadores urbanos devem ter os benefícios no mesmo valor dos benefícios concedidos ao trabalhador rural, todavia a idéia de “mesmo valor” significa que os benefícios serão calculados da mesma forma e não que todos os benefícios concedidos aos urbanos e rurais terão o mesmo valor.

2.9.7 Da seletividade e distributividade na prestação de benefícios e serviços

A idéia do princípio da seletividade é um princípio voltado para o legislador, selecionando aquelas prestações que melhor atendam aos objetivos da Seguridade Social (artigo 40 e 201 da CF/88).

O princípio da distributividade diz respeito às pessoas que deverão ser protegidas prioritariamente pela Seguridade Social (art. 193 da Carta Magna), que pode ser compreendida como distribuição de renda, ou seja, nada mais é do que a justiça social, redutora das desigualdades, devendo ser feita aos mais necessitados, em detrimento de outrem, de acordo com a previsão legal, como por exemplo: os benefícios salário-família e o auxílio-reclusão só serão pagos àqueles segurados que tenham renda mensal inferior a um patamar estabelecido por lei.

Na seletividade, ocorre a escolha das prestações que melhor atendam aos objetivos da Seguridade Social ao passo que, é a lei que dirá as pessoas que receberão, prioritariamente, os benefícios e serviços e na distributividade, há a preocupação de se estar atendendo, prioritariamente, aqueles indivíduos que estão em maior estado de necessidade, pois nem sempre os mais necessitados tem direito ao benefício, por nunca terem contribuído.

A universalidade é atenuada com base no princípio da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços. Só faz sentido falar neste princípio se estiver presente a questão da limitada capacidade econômica para fazer face às contingências sociais que devem ser atendidas pela Seguridade Social.

2.9.8 Da irreduzibilidade do valor dos benefícios

Os salários no Direito do Trabalho são irreduzíveis, por princípio e pela aplicação do art. 468 da CLT. O artigo 7º, inciso VI da CF/88 assegura-se a irreduzibilidade dos vencimentos dos empregados, pois este princípio tem afinalidade de impedir a diminuição dos valores nominais das prestações previdenciárias, não podendo os benefícios sofrerem redução nominal.

Assim, cabe uma aplicação ao princípio da suficiência ou efetividade na medida em que se determina que o valor dos benefícios não será reduzido. Pois, a proibição à redução do valor nominal dos benefícios não é garantia de que se evitará a sua irreduzibilidade. A partir dessa ideia, o legislador constituinte de 1988 previu que a irreduzibilidade não é apenas nominal, mas sim real (artigo 201, parágrafo 4º da CF/88 e artigo 58 do ADCT). Sendo um princípio, que está mais ligado à Previdência

Social, pois é esta quem paga os benefícios, que devem ser reajustados periodicamente quando for revisto o salário mínimo, art. 41-A da Lei nº 8.213/91.

2.9.9 Da equidade na forma de participação no custeio

Este princípio, resumidamente, expressa que cada um contribuirá para a Seguridade Social na proporção de sua capacidade contributiva, ou seja, quem tem maior capacidade econômica deve contribuir com mais e os que tiverem menos capacidade, com menos, estando previsto no art. 150, II da CF/88. Sendo um princípio específico para a Previdência Social, uma vez que é o único sistema contributivo, tendo como exemplo, o § 9º do art. 195 da Constituição Federal.

Em respeito ao princípio da isonomia, em tese não se admite tratamento diferenciado aos segurados enquadrados na mesma situação, mas não podendo o trabalhador contribuir da mesma maneira que a empresa, pois não tem as mesmas condições financeiras. Logo, o trabalhador rural também passou a contribuir para o sistema que anteriormente não fazia qualquer contribuição. No entanto, equivale dizer que se estiverem em iguais condições contributivas é que terão de contribuir da mesma forma, sendo um desdobramento do princípio da igualdade.

2.9.10 Diversidade da base de financiamento

O financiamento da seguridade social se dá atualmente através da contribuição dos trabalhadores, das empresas e dos orçamentos dos entes estatais, existindo diversas formas de custeio da seguridade social, sendo feito por meio de recursos orçamentários, conforme o art. 195 da CF/88, e seus incisos, pois o legislador ainda expressa na constituição a permissão para que outras fontes de financiamento fossem criadas pelo legislador ordinário.

Contudo, há ainda, a possibilidade da instituição de outras fontes de custeio destinadas a garantir a expansão da seguridade social, pelo entendimento majoritário do § 4º do artigo 195 do texto constitucional, pois o dispositivo irá vedar a criação de contribuição social cujo fato gerador ou base de cálculo seja idêntica aos impostos discriminados na Constituição.

2.9.11 Caráter democrático e descentralizado da administração

Com base na Emenda Constitucional nº 20, que trouxe inovação na redação do inciso VII, do parágrafo único do art. 194 da Constituição, que trata sobre o “Caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com a participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do governo nos órgãos colegiados”. Sendo a gestão da seguridade social é quadripartite, pois abrange o governo, aposentados, trabalhadores e empregadores, mas este princípio não é inovador no texto constitucional, pois o legislador constituinte se preocupou com que as pessoas que têm interesse na proteção da Seguridade Social participem da sua gestão, uma vez que, historicamente sempre houve a participação da comunidade nos Conselhos da previdência social, assistência social e saúde.

Desta forma, o legislador tentou democratizar a gestão da seguridade social, que está situada apenas na formulação de políticas públicas de segurança e no controle de ações de execução, uma vez que contempla a participação de todos os segmentos representativos da sociedade na administração dos recursos, inclusive os aposentados. E, a descentralização significa dizer, que a seguridade social tem um corpo distinto da estrutura institucional do Estado.

2.9.12 Preexistência do custeio em relação ao benefício ou serviço

É um princípio que está previsto no artigo 195, parágrafo 5º, da Constituição Federal, sendo conhecido como Regra da Contrapartida; todavia, é um princípio que tem como valor a estabilidade financeiro-econômica da Seguridade Social, dando a informação que só se pode criar/estender benefício/serviço da Seguridade Social se houver a prévia fonte de custeio total, isto é, a Seguridade Social só deve conceder prestações dentro das suas possibilidades econômicas.

Dessa forma, argumenta Sérgio Pinto Martins, esse é um princípio que já foi desrespeitado diversas vezes em épocas anteriores. A renda mensal vitalícia foi criada pela Lei nº 6.179, de 1974, porém não existia a necessária fonte de custeio, apesar de haver um superávit com a ampliação dos limites do salário-de-contribuição pela Lei nº 5.890, de 1973. O mesmo se deu em relação à transferência do salário-maternidade do empregador para a seguridade social, com a Lei nº 6.136, de 1974, em que se estabeleceu um percentual de 0,3% para o referido custeio,

calculado sobre a soma dos salários contidos nas folhas de pagamento das empresas, mas foi diminuída a contribuição do salário-família de 4,3% para 4,0%.⁹

Por esse princípio, busca-se tornar a Seguridade Social financeiramente equilibrada, a medida em que orienta a ação do legislador no sentido de que a toda despesa criada deve corresponder uma receita respectiva para fazer face ao gasto instituído. Portanto, no sistema só deve haver o custeio total e não apenas parcial.

⁹MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 27 ed. 2 reimpr., São Paulo: Atlas, 2009, p.60.

3PROTEÇÃO À MATERNIDADE(ART. 7º, INCISOS XX E XVIII)

O vínculo existente em relação à licença da gestante no Brasil antigamente sempre esteve ao cargo do empregador o que de certa forma dificultava a relação empregado e empregador, pois isso trazia consequências uma vez que a contratação de mulheres era, mas escassa sendo que o empregador não se interessava em ter esse encargo.

Foi nesse momento que o legislador pode perceber que havia uma necessidade da legislação criar uma norma, pra que essa determina-se que a licença-maternidade ficasse a cargo da previdência social, pois com isso haveria o incentivo de contratação de mulheres como empregadas.

Acontece que não foi nesse momento que a previdência começou a pagar a prestação de salário-maternidade, pois o decreto nº 51.627, de 18-12-62, promulgou a Convenção n. 3 da OIT de 1919, essa previa que o pagamento de prestações para manter a manutenção da empregada e de seu filho seriam pagas pelo Estado ou por um sistema de seguro. O Brasil ratificou a convenção nº 103 da OIT, de 1952, promulgada pelo decreto nº 58.020, de 14-6-66 que reviu a convenção nº 3 que dispõe que “em caso algum o empregador deverá ficar pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas a mulher empregada (art. 8º)”.

Segundo Martins (2007, p 376), informa que foi através da convenção que o empregador não teve, mas encargo algum durante o período de licença-maternidade da empregada, ficando responsável um sistema de seguro social ou fundo público as prestações que serão devidas a empregada gestante, tanto antes como depois do parto isso tem como objetivo evitar a discriminação do trabalho da mulher.

E foi apenas com a lei nº 6.136, de 7/11/1974, que o salário maternidade passou a ser uma prestação previdenciária, dispensando assim o empregador de pagar o salário da empregada que irá gerar um filho, esse custeio era de 0,3 % (artigo 4º da lei nº 6.136/74), mas foi extinto pela lei nº 7.787/89 em seu § 1º, pois essa vai englobar um porcentual de 20% que a empresa deverá recolher sobre a folha de pagamento, essa orientação foi mencionada novamente no inciso I do artigo 22 da lei nº 8.212/91. A conexão dessas regras implica justamente na proteção do mercado de trabalho da mulher, pois, se o empregador tiver que pagar o salário da empregada no período de gestação e após o parto esse com certeza não irá contratar mulheres, já que acarretaria “prejuízos” a sua empresa.

No que tange a proteção a maternidade essa tem como objeto dizer que o fato da mulher está no mercado de trabalho essa não esta impedida de viver a maternidade uma vez que podemos perceber que existe um grande números de trabalhadoras no Brasil e essas vivem um conflito de trabalhar fora e a ainda ser mãe, e foi pensando nisso que foi elaborada uma doutrina jurídica que retrata-se a proteção a maternidade que é encontrada na Constituição, Estatuto da Criança e do Adolescente, Previdência Social, Direito do Trabalho.

Essas legislações tem como finalidade conferir à criança o código de cidadão e à mulher trabalhadora um tratamento especial em relação à maternidade. Vale ressaltar que o Direito do Trabalho em conjunto com a Previdência Social buscam proteger a trabalhadora, seu emprego, e a criança que com um instituto chamado salário-maternidade conhecido também como licença-maternidade essa mãe tem seus direito garantido constitucionalmente para usufruir do benefício bem como após seu período de afastamento garantido a permanência do seu emprego.

A constituição de 1988 estabeleceu que o período de afastamento aumentaria para 120 dias (art. 7º, inciso XVIII), isso sem prejudicar o emprego da segurada e o salário. A Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, no seu artigo 71, também estipula que as trabalhadoras que contribuem para a Previdência Social terão o direito ao afastamento por 120 (licença-maternidade), tendo como início 28 (vinte e oito) dias antes do parto, ou da ocorrência deste, e 92 dias depois do parto (art.71 da lei) totalizando assim os 120 dias de afastamento da trabalhadora, o pagamento desse período se dá mediante comprovação médica.

Essa empregada terá que comprovar através de atestado médico ao seu empregador da data que terá que se afastar do emprego, sendo que essa poderá ocorrer como explicado acima no 28º (vigésimo oitavo) que antecede o parto, sendo que essa empregada terá que comunicar ao empregador que está grávida até mesmo para que o mesmo esteja ciente que essa terá que se afastar. O atestado médico será fornecido pelo SUS, a menos que a empresa tenha serviço médico próprio ou em convenio com o SUS quando esse terá que ser fornecido pelo serviço médico da empresa, nesse atestado deverá estar exposto os períodos antes é após o parto e a data de afastamento do trabalho, o atestado é de suma importância uma vez que é através desse que se dará o inicio do afastamento. Vale ressaltar que se o parto ocorrer sem acompanhamento médico, o atestado será fornecido pela perícia médica do INSS (Intstituto Nacional do Seguro Social).

Em se tratando do salário a segurada gestante terá direito ao seu salário integral, essa também poderá voltar a sua função anterior aquela que antes do afastamento ocupava na empresa. Entende o STF que o salário maternidade não está sujeito ao limite de R\$ 1.200 (Um Mil e Duzentos reais), tendo o INSS que pagar o benefício integralmente independente do valor do salário da gestante o STF entende da seguinte forma que o salário maternidade poderá ser pago ao valor superior ao teto, sendo ao contrário haveria “discriminação que a constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções de critérios de admissão, é um desdobramento do princípio da igualdade de direito, entre homens e mulheres” (STF, Pleno , ADIN 1.946-5,j. 3-4-2003,rel.Min.Sydney Sanches, dju 16-5-2003.p.90).

É importante retratar que o direito a licença maternidade não fica, só condicionado ao nascimento do filho com vida, pois havendo um aborto não criminoso esse sendo comprovado por atestado médico, a mulher terá direito a um repouso remunerado de duas semanas, após esse período poderá retornar a função que antes ocupava, no entanto esse repouso só se dera na hipótese de aborto não criminoso ao contrário a empregada não terá direito a licença remunerada.

O salário maternidade também é devido a empregada doméstica que terá direito ao salário correspondente ao do seu último salário-de-contribuição. Se estenderá também a trabalhadora avulsa, trabalhadora (urbana, rural ou temporária) à contribuinte individual (autônoma, eventual, empresária), desde que todas essa sejam seguradas da previdência social, pois a natureza jurídica do salário maternidade é de benefício previdenciário, já que quem faz seu pagamento é a previdência social, tendo a trabalhadora que ser segurada para poder fazer jus ao benefício já que é uma prestação previdenciária incluída no inciso II do art. 201 e inciso XVIII do art. 7º da constituição não se tratando de prestação de assistência social, já que não está prevista no art. 203 da Constituição.

Nascimento de filhos gêmeos ou parto de múltiplos não gerará que o pagamento de salário maternidade seja maior ou a licença seja superior à legal, pois comprovação de gravidez durante o aviso prévio essa terá direito ao salário maternidade, uma vez que, esse período de aviso prévio integra o contrato de trabalho, mas esse contrato de trabalho poderá ser rescindido se a empregada estiver grávida somente em casos de justa causa, como por exemplo, roubo e etc. (art. 391, caput da CLT).

Existem casos em que a gestante precisará, que seja aumentado sua licença por mais duas semanas antes e depois do parto, desde que comprove mediante atestado médico, a segurada também poderá mudar de função se assim precisar, casos em que a gestante faça muito esforço na sua atividade laboral, mas a mudança ocorrerá através do documento de atestado. No entanto, a mulher grávida poderá rescindir seu contrato de trabalho se estiver sendo prejudicial a sua saúde e a do seu filho, que essa terá que comprovar através de determinação médica e, que a mesma não precisará conceder aviso prévio ao empregador.

3.1 A PROTEÇÃO A SEGURADA QUE ADOTA

Em se tratando agora da empregada que adotar, funciona da seguinte forma, a empregada que obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança será concedida licença maternidade (art. 392-A da CLT), sendo que em relação à mãe adotante essa licença vem ser diferente. No entanto, essa diferença será somente na legislação previdenciária, pois essa licença dependerá da idade da criança, que funcionará da seguinte forma de acordo com a lei previdenciária.

Em casos de adoção de crianças até um ano de idade, o período de licença será de 120 dias respeitando como um todo o mesmo período da mãe biológica eis a questão se criança já tiver um ano até 4 anos de idade o período é reduzido para 60 dias e nos casos de adoção de crianças a partir de 4 anos de idade até os 8 anos de idade o período de licença será de 30 dias. Sendo que essa licença só será concedida mediante apresentação do termo judicial.¹⁰

Como se pode perceber a legislação estipulou que quanto maior for a idade da criança, menor será o período de concessão da licença, é ainda esse salário maternidade da adotante só será devido a crianças que sejam adotadas até os oito anos de idade, se a idade da criança for superior a 8 anos de idade a mãe adotante não fará jus ao benefício. Portanto o salário-maternidade será devido para segurada, independente desta ser mãe ou não.

A proteção a maternidade é uma forma de conservar a integridade da mulher, dando a ela um prazo pra cumprir seu papel como mãe e ao retornar da licença

¹⁰MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 27 ed. 2 reimpr., São Paulo: Atlas, 2009.p. 372.

cumprir sua função como trabalhadora, o amparo a maternidade possui um amplo caráter social já que a família é importante pra sociedade e deverá ser preservada, sendo assim é necessário que a mãe esteja integralmente disponível para os cuidados de seu filho pelo menos, nos primeiros meses de vida da criança, sobretudo para aleitamento materno.

De acordo com Wladimir Novaes Martinez:

Esta proteção à maternidade é uma norma de respeito, definida como um benefício de caráter previdenciário, contemplada na Constituição Federal em seu artigo 7º, XVIII, nos artigos 93 a 103 do Regulamento da Previdência Social, na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).¹¹

A proteção a maternidade é de suma importância sendo que a mulher a partir dai se sentiu segura, pois pode trabalhar e ao mesmo tempo realizar seu sonho de ser mãe, sabendo assim que não perderá seu emprego a depois de um tempo cuidando do seu filho poderá voltar a suas atividades.

3.2 PRÁTICAS DISCRIMINATÓRIAS CONTRA MULHER

A lei nº 9.029, de 13-4-95, veio estabelecer normas uma vez que antes dela o empregador poderia exigir que a empregada comprovasse que realmente estava grávida, com a lei em vigor foi proibida a exigência de atestados de gravidez para efeitos adimensionais ou de permanência na relação de trabalho, pois ai seria nítida a prática discriminatória, ou seja, com advento dessa lei a empregada não poderá ser dispensada desde a confirmação da gravidez até os cinco meses após o parto (art.10, II,b do ADCT).

A convenção nº103 da OIT, que foi aprovada pelo Brasil pelo decreto legislativo nº 20/65 foi de suma importância para mulher, pois a mulher que precisasse se ausentar do seu trabalho em decorrência de gravidez, ao empregador fica proibido despedi-la durante essa ausência, pois antes a mulher era discriminada uma vez que nem um empregador iria querer contratar se a mesma tivesse grávida, ou se essa já estivesse trabalhando o empregador com toda certeza a despediria já que de certo forma traria certo prejuízo a ele.

¹¹ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de direito previdenciário, tomo II:** previdência social. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 736.

Os atos discriminatórios também estarão ligados: (1) a exigência de teste, exame de pericia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez; (2) promoção de controle de natalidade, salvo os serviços realizados por instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do SUS(art.2º).

É com isso pode perceber que a lei tem como objetivo admitir empregadas grávidas, não fazendo assim o teste de admissão para verificar se a empregada está grávida ou não, pois se isso acontecer será considerado crime, é o empregador terá que responder judicialmente.

3.3 TRABALHO DA MULHER

Durante a Revolução Industrial, o trabalho da mulher era explorado, com condições péssimas de trabalho, pois os salários eram inferiores aos dos homens desempenhando as mesmas funções, estando expostas à trabalhos que corriam riscos à sua saúde, à segurança e a vida, que se submetiam a consequências miseráveis, pois suas famílias dependiam dos proventos para sua subsistência, com isso teve início a legislação de proteção ao trabalho das mulheres.

No entanto, já fazia aflorar naquela época a discriminação entre os sexos no mercado de trabalho, assim, a legislação que tinha o objetivo de proteger as mulheres transformou-se em uma fonte de discriminação. Nesse ensejo, veio à legislação de promoção ao trabalho da mulher, para combater as desigualdades através de medidas jurídicas.

Nessa época, a mulher gestante não possuía nenhuma proteção legislativa, por isso que a legislação de proteção a mulher ficou mais concentrada no estado da gestante e a maternidade.

Na OIT (Organização Internacional do Trabalho), a constituição da entidade já realça a necessidade de proteção ao trabalho da mulher, assim, existindo diversas Convenções que retrata essa proteção. Mas, podendo verificar-se que não existe normas especiais quanto ao trabalho da mulher, portanto, mais recentemente são elaboradas normas que vão proibir a discriminação de sexo, tentando estabelecer uma igualdade nas relações de trabalho.

Tendo grande relevância a Convenção n. 103, de 1952, sendo revista pela n. 183 de 2000, estabelecendo regras de proteção à maternidade, ampliando para as

14 semanas a duração da licença da empregada, com a possibilidade de prorrogação por enfermidade ou complicações após o parto.

A constituição de 1988, considera homens e mulheres iguais em direitos e obrigações, prevendo diretrizes e prescrevendo meios para a efetivação dessa igualdade, conforme o artigo 5º, inciso I, funcionando como proteção indireta aotrabalhodamulher. E, em seu art. 7º, inciso XVIII, assegura-se o direito de “licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de 120 dias”.

No Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, no seu art. 10, inciso II, b, vedo a dispensa arbitrária ou sem justa “da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto”. E a Consolidação das leis do Trabalho, consolidou a matéria do trabalho da mulher prevista nos arts. 372 a 401.

Pois, a partir da Lei nº 6.136, de 07.11.1974, trouxe um avanço que foi na licença maternidade que passou a ser um benefício previdenciário custeado pelas contribuições patronais calculadas sobre a folha de pagamento, passando a ser um encargo direto do empregador que contratou a gestante, com vantagens para a empresa contratante e principalmente para a própria mulher, sob pena de inevitável discriminação da mulher no mercado de trabalho.

Já a Lei nº 7.855, de 1989, alterou o art. 379 da CLT, permitindo o trabalho noturno da mulher com mais de 18 anos. Merecendo destaque também, a Lei nº 7.855, de 1989 que veio revogar os arts. 379 e 380 da CLT, que proibia o trabalho noturno da mulher, estabelecendo certas especificações aos arts. 374 e 375 da CLT que restringiu as possibilidades de prorrogação e de compensação da jornada de trabalho da mulher, logo o art. 376 que fazia referência a esse contexto foi revogado pela Lei 10.244/2001.¹²

3.3.1 Cabimento das normas da proteção do trabalho da mulher e suas respectivas condições

As normas da proteção do trabalho da mulher é importantíssima, uma vez que, a maternidade tem uma função social, motivo pelo qual a finalidade do instituto é garantir àmulhera proteção necessária durante a gestação, no período de

¹²GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Manual de Direito do Trabalho. 2. ed. rev. E atual, Rio de Janeiro: Forense : São Paulo: MÉTODO, 2010, p. 572.

amamentação e parto, evitando determinados riscos que poderiam ameaçar a sua saúde e o desenvolvimento da gravidez e da criança.

Contudo, cabe ressaltar que, com o movimento em busca de igualdade de tratamento entre homens e mulheres nas relações de trabalho, no princípio da igualdade material, sobreveio a progressiva retirada das normas de proteção aotrabalhodamulher, devendo ficar restrita ao estado de gestante e de maternidade da empregada com um tratamento especial.

No entanto, a lei deve proteger a gestante e a empregada que é mãe para evitar a discriminação no trabalho da mulher, com atribuição relacionada à maternidade. E, com base no período de licença maternidade que não recai ao empregador e sim, sobre toda a sociedade, representada pelo Estado, para que não ocorra uma discriminação na contratação de empregadas do sexo feminino. Com isso, entende-se que o salário maternidade é custeado pelos cofres públicos da Previdência Social. Sendo devido pelo INSS, enquanto subsiste a relação de emprego, cabendo ao empregador, no caso de despedida sem justa causa, o ônus decorrente da dispensa.

Ainda não vigora, condições especiais do trabalho da mulher, pois a redação dos arts. 379 e 380 da CLT proibiam o trabalho noturno para as mulheres, salvo exceções previstas em lei. Mais tarde, veio a Lei 7.189/1984 admitindo o trabalho noturno da mulher maior de 18 anos, salvo algumas exceções, como o trabalho em empresas ou atividades industriais. Atualmente esses artigos encontram-se revogados pela Lei 7.855/1989, resultante da conversão da MP nº. 89 de 1989.

Após a revogação dos dispositivos mencionados, o artigo 381 da CLT manteve previsão de trabalho noturno para a mulher, passando a ter a seguinte redação:

Art. 381. O trabalho noturno das mulheres terá salário superior ao diurno. § 1º Para os fins deste artigo, os salários serão acrescidos duma percentagem adicional de 20% (vinte por cento). § 2º Cada hora do período noturno de trabalho das mulheres terá cinquenta e dois minutos e trinta segundos.

Constata-se pela leitura do dispositivo acima, uma vez que, a Constituição Federal, em seu artigo 7º, inciso IX, garante remuneração do trabalho noturno superior a do diurno e o artigo 73 e seus parágrafos da CLT regulamenta a hora ficta noturna (52' 30"), além de outros aspectos do trabalho noturno. Pois, o pagamento de adicionais no trabalho noturno, igualmente prejudicial do ponto de vista biológico

tanto para o homem quanto para a mulher, não havendo qualquer justificativa para distinções.

Nos artigos 382 a 385, a CLT estabelece normas acerca dos períodos de descanso para o trabalho feminino. Isso porque os artigos 382, 383 e 385 praticamente repetem a redação dos artigos 66, 71 e art. 7º, inciso XV c/ c art. 67 da CLT. Dessa maneira, os períodos de descanso, praticamente traz direitos que já foram assegurados e garantidos a todos os trabalhadores, exceto no que merece tratamento diferenciado na questão de maternidade.

Nota-se que o artigo 396 da CLT, assevera-se o intervalo para mulher amamentar seu filho, devido apenas para as empregadas, a concluir-se que o dispositivo poderá trazer a discriminação ao acesso da mulher ao mercado de trabalho, pois claro está, que o empregador preferirá contratar homens para o trabalho, já que a estes não precisaria ser concedido o aludido intervalo no labor.

Ademais, observa-se que a mulher pode desempenhar o mesmo papel do que os homens respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana e suas limitações, tanto nas atividades físicas quanto intelectual.

3.3.2 A Proteção do Trabalho da Mulher

A duração do trabalho da mulher, conforme a Lei 9.799, e 1999, acrescentou na CLT alguns dispositivos como: o art. 7º, inciso XX, na CF/88: “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”; que há um tratamento específico na parte referente aos direitos e garantias sociais, pois nenhuma das Constituições anteriores tratava da proteção ao trabalho da mulher.

A jornada de trabalho da mulher é igual à dos homens não podendo haver discriminação. Ou seja, 8 horas diárias e 44 horas semanais, exceto nos casos para os quais for fixada duração inferior, conforme o art. 373 da CLT e o Art. 7º, inciso XIII da CF/88.

Em relação à prorrogação e compensação de jornada de trabalho, aplicam-se as mesmas regras pertinentes ao trabalho do homem, pois os artigos 374 e 375 que tratavam desta questão foram revogados pela Lei 7.855/89 e o artigo 376, que limitava o direito à realização de horas extras pela mulher, foi revogado pela Lei 10.244/01.

Na atualidade, não há mais proibição do trabalho noturno da mulher. A Lei 7.855, 1989, revogou os artigos 379 e 380 da CLT, mas as regras são as mesmas para os homens e mulheres:

- a) Período noturno compreendido das 22 horas até as 5 horas do dia seguinte;
- b) Adicional noturno de no mínimo 20% superior à hora diurna, no caso dos trabalhadores urbanos;
- c) Hora noturna reduzida de 52 minutos e 30 segundos.

Logo, o § 1º do art. 381 c/c com o art. 73 da CLT, afirma que a regra no trabalho noturno é que, os salários são acrescidos com adicional de 20%.

Os períodos de descanso, ou seja, com relação aos intervalos para descanso, o art. 382 c/c com o art. 66 da CLT: “Entre 2 (duas) jornadas de trabalho, haverá um intervalo de 11 (onze) horas consecutivas, no mínimo, destinado a repouso”.

No caso do intervalo dentro da jornada diária, o art. 383 não reserva diferenciações e privilégios com relação ao trabalho das mulheres. O tempo do intervalo para homens e mulheres é o mesmo, ou seja, um período não inferior a 1 (uma) hora nem superior a 2 (duas) horas.

O art. 384 da CLT: “em caso de prorrogação do horário normal, será obrigatório um descanso de 15 minutos no mínimo, antes do início do período extraordinário do trabalho”.

No entanto, essa previsão, mostra uma diferenciação entre a legislação voltada para as mulheres e a dos homens, o que não se mostra razoável na atualidade, afrontando o princípio constitucional da igualdade (art. 5º inciso I, e art. 7º, inciso XXX), podendo haver discriminação até na contratação do trabalho da mulher.

Conforme o art. 385 da CLT, repouso semanal, no caso do trabalho masculino, o ideal é que o repouso semanal remunerado seja preferencialmente aos domingos, o que pode não necessariamente ocorrer. Entretanto, no caso das mulheres, se elas optarem por qualquer outro dia que não seja o domingo, é obrigatória a criação de uma escala de revezamento quinzenal, para que, pelo menos de quinze em quinze dias, o repouso semanal remunerado coincida com o domingo.

Tal determinação de criação da escala de revezamento está expressa no Art. 386 da CLT.

Com bem destaca Sérgio Pinto Martins: “É discriminatório o preceito em comentário em relação ao homem, pois não há mesmo tratamento para aquele na legislação. Deveria, portanto, ser estendido também ao homem, pois é bastante

razoável a sua determinação, visando que de 15 em 15 dias o homem tivesse o repouso aos domingos. De 15 em 15 dias, portanto, o repouso semanal da mulher deverá coincidir com o domingo".

Os trabalhos perigosos ou insalubres, existia essa proibição na alínea "b" do artigo 387 da CLT, que vedava a possibilidade da realização de trabalhos perigosos ou insalubres pelas mulheres, mas foi revogada pela Lei nº 7.855/89. Desta forma, em se tratando de atividades perigosas, insalubres ou penosas, valem as mesmas regras referentes ao trabalho masculino.

No caso de limites de peso, o art. 390, da CLT, limita o emprego da força física das mulheres na prestação dos serviços, tendo em vista suas peculiaridades físicas que as impedem de obter uma força maior para tal. O limite máximo é de 20 quilos para o trabalho contínuo ou 25 quilos para o trabalho ocasional, havendo exceção, na questão em que o trabalho trate-se de remoção realizada por impulso ou tração de vagonetes sobre trilhos, de carros de mão ou quaisquer aparelhos mecânicos.

As condições de trabalho, conforme o art. 389, da CLT determina que são condições básicas para prestação do serviço nas mínimas condições exigidas para as mulheres. Ou seja, de um local de trabalho em condições mínimas de existência com higiene, limpeza, iluminação, recursos de proteção individual e estrutura física adequada é condições *sine qua non* para o efetivo exercício da prestação laboral, independente do gênero da pessoa. Na realidade, deveriam ser extensivas também aos homens, tendo em vista que trata-se de princípios basilares em prol da dignidade humana do trabalhador.

O casamento da empregada, no art. 391, da CLT, determina a proibição de qualquer conduta de discriminação constituindo justo motivo para rescisão do contrato de trabalho, o fato da mulher ter contraído matrimônio ou encontrar-se em estado de gravidez. A mesma proibição prevalece nos casos do empregador utilizar-se de um desses critérios para não contratação das mulheres.

A proibição de práticas discriminatórias, é proibida a exigência de atestado de gravidez ou de atestado de esterilização para fins de contratação, pois qualquer prática discriminatória que se utilize para não contratar ou dispensar do trabalho, remunerar e oferecer oportunidades de ascensão profissional de forma diferenciada e/ou impedir o acesso para inscrição ou aprovação em concursos. Sendo proibido também proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.

4SALÁRIO MATERNIDADE DE MÃE ADOTIVA NO SENTIDO DA NORMA VIGENTE

O salário maternidade é um benefício que a Previdência Social paga as mães que estão grávidas nos oito meses ou logo após a do partopara que a mesma possa se adaptar nas mudanças que ocorrem na sua vida,na chegada de um bebê, ou seja, essa mãe precisa de um tempo afastada do seu trabalho laboral para que a mesma se recupere do parto e possa cuidar da criança que acabou de chegar. Pois, o mesmo é pago a mãe adotiva, mas havendo contradição nas normas, no que se refere à idade da criança e o prazo para receber este benefício.

Em conformidade com a Lei 10.421/2002 em seu parágrafo primeiro, garante a mãe adotante o mesmo período da licença maternidade da mãe biológica para que o convívio familiar seja adaptável à nova criança. Aflora-se a discussão acerca da legislação previdenciária, haja vista que a mesma não obedece à Lei, pois em seu artigo 71-A, diz que:

A segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança é devido salário-maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias, se a criança tiver até 1(um) ano de idade, de 60 (sessenta) dias, se a criança tiver entre 1 (um) e 4 (quatro) anos de idade, e de 30 (trinta) dias, se a criança tiver de 4 (quatro) a 8 (oito) anos de idade. (VADE MECUM, 2011)

Como citado acima, este benefício pode ser recebido pelo tempo de afastamento de 120 dias apartir do parto (considerando parto, o nascimento a partir da 23^a semana (6º mês de gestação) ou por definição médica, 28 dias antes e 91 dias após o parto. Sendo que, no caso de adoção ou de guarda judicial, por 120 (cento e vinte) dias, se a criança de até um ano de idade, por 60 (sessenta) dias, se a criança tiver entre um anoe um dia até quatro anos de idade, e por 30 (trinta) dias, se a criança tiver de quatro anos e um dia até oito anos de idade.

Esse benefício tem origem previdenciária e, é pago a segurada por decorrência de parto ou adoção, sendo que em casos de adoção o período de afastamento da segurando pode variar de 120 dias a 30 dias, isso depende da idade da criança que está sendo adotada. Esse pagamento não é imposto ao empregador por ser da Previdência Social, havendo desrespeito ao direito a liberdade é violação ao princípio da legalidade, já que os textos legais não disciplinam a licença maternidade

a mãe adotiva e, sim a mãe biológica. No entanto, a Constituição Federal tem por objetivo tutelar a gestante e não a maternidade.

Pois, a data do início do pagamento do benefício, é fixado de acordo com o atestado médico repassado pelo SUS, ou pelo serviço médico da empresa oupor ela credenciada ou por particular, mas se a criança já tiver nascido, será da data de nascimento da criança, sendo apresentado a cópia da certidão de nascimento. No caso de adoção ou guarda judicial para fins de adoção, será a data do deferimento da medida liminar nos autos de adoção ou a data da lavratura da certidão de nascimento, segundo a Lei nº 10.421/2002.

O valor do benefício para a segurada empregada é um valor mensal igual à sua remuneração integral no mês de seu afastamento ou em caso de salário variável, que é o recebido na forma de comissões, gratificações, horas extras, porcentagens e abonos, igual à média dos 6 (seis) últimos meses trabalhados. Mas, para a segurada empregada doméstica, o valor é do seu último salário de contribuição, não sendo inferior ao salário mínimo e nem superior do salário de contribuição. Logo, a segurada contribuinte individual e facultativa é um doze avos da soma dos doze últimos salário de contribuição, apurados no período não superior a 15 (quinze) dias, sendo aplicada a alíquota equivalente a 20% do salário de benefício.¹³

Para que a mãe venha receber o benefício existe a carência que é devida a cada tipo de segurada, para as seguradas empregadas, empregadas domésticas e trabalhadoras avulsas, não se exige um tempo mínimo de contribuição, ou seja, basta que a segurada tenha pago um mês na previdência social antes de engravidar que com isso já está resguardado o seu direito ao salário maternidade, mas esse período de carência é diferente para as contribuintes facultativas que é exigido no mínimo 10 contribuições para receber o benéfico. Cessando o benefício, com o falecimento da segurada.¹⁴

A Constituição Federal não estende tal benefício à mãe adotiva por não existir nem um artigo que obrigue o pagamento do salário maternidade a mãe adotiva, somente a CLT e a legislação previdenciária que concede o mesmo. Essa licença

¹³ Previdência Social. Requerimento de Salário Maternidade. Disponível em: http://www.dataprev.gov.br/servicos/salmat/salmat_def.htm. Acesso em: 21 de fevereiro de 2013.

¹⁴ Previdência Social. Requerimento de Salário Maternidade. Disponível em: http://www.dataprev.gov.br/servicos/salmat/salmat_def.htm. Acesso em: 21 de fevereiro de 2013.

está prevista no artigo 5º e 6º da CF/88, ambos combinados ao art. 227, § 6º do mesmo diploma legal, baseados no princípio da isonomia.

A proteção à maternidade conforme o art. 6º da CF/88, trata-se da qualidade de ser mãe entendendo as necessidades de um filho biológico ou adotivo, com os cuidados físicos, atenção e aconchego da mãe. Pois, na questão adotiva tem a fase de adaptação ao meio externo, aonde o filho necessita, mas desse afeto, uma vez que, é uma família nova, costumes novos e uma vida nova.

Antes da publicação da lei 10.421/2002, não havia norma específica concedendo direito ao salário-maternidade a mãe adotiva, esse direito era apenas a mãe biológica. Com isso houve várias discussões na publicação dessa lei, sendo que o art. 7º, inciso XVIII da CF/88, menciona a ‘licença a gestante’ e o art. 392 da CLT, estabelece que é proibido o trabalho da mulher grávida no período de 4 (quatro) semanas antes e 8 (oito) semanas depois do parto, período esse modificado para 120 dias pela Carta Magna.

Logo, sobre o assunto, assegura Marcus e Hugolino Neto:

[...] A lei nº 12.010/2009, publicada no Diário Oficial em 04.08.2009, revogou artigo 392-A da CLT e assegura 120 dias de afastamento por licença-maternidade para a mãe adotiva independente da idade da criança. [...] Ocorre que a recente lei de Adoção nº 12.010/09, nada mencionou sobre a revogação ou alteração do artigo 71-A da lei previdenciária, que regula o salário-maternidade para a mãe adotante estipulando o prazo do benefício de acordo com a idade da criança adotada.¹⁵

A Constituição Federal, CLT e o ECA não disciplinam em nem um momento a desigualdade dos filhos, tanto no casamento, quanto fora dele ou em adoção, pelo contrário, dão ênfase a criança adotada que não deve sofrer nem um tipo de discriminação por ser filhos biológicos ou não, uma vez que, a mãe gestante tem direito de estar com seu filho por 120 dias, nada mais justo que a que adota tenha o mesmo direito por ter que proteger a infância e a convivência familiar, pois esse filho adotivo necessita nesse novo lar de grandes transformações nesse cotidiano e tendo que ter carinho e atenção mesmo quanto o filho biológico.

Quando falamos de adoção, estamos falando de um ato de amor, em que um casal ou uma pessoa busca assumir um filho, estes não são os pais biológicos a de

¹⁵ MARCUS, Douglas; HUGOLINO NETO, Nunes de Figueiredo. **Licença-maternidade para a mãe adotiva.** 26 set. 2009. Disponível em: <http://professordouglasmarcus.blogspot.com/2009_09_01_archive.html>. Acesso em: 25 de abril de 2013.

se dizer que a adoção é um ato jurídico no direito civil, ou seja, nela tem responsabilidades e direitos a pessoa ou casal que busca pela adoção passará a exercer o poder familiar. No que tange a criança ou adolescente este terá que se adaptar numa nova vida em uma nova família e é nesse período que os pais adotivos terão que demonstrar real afeto, carinho e amor por essa criança, essas crianças normalmente viveram em abrigos onde os pais biológicos os deixaram.

A doutrina da proteção integral destina-se a toda pessoa em desenvolvimento com zero a dezoito anos de idade, sujeitos de direito, e que, portanto também tem um conjunto de direitos fundamentais, tendo como marco definitivo a Constituição Federal de 1988, conforme elencado no art. 227:

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.

No entanto, a doutrina da proteção integral faz ligação ao princípio do melhor interesse da criança ou do adolescente e o princípio da prioridade absoluta, pois no caso concreto, o aplicador do direito vai proporcionar o maior benefício possível para o menor, observando que o princípio do melhor interesse da criança se faz presente no caso de uma família substituta.

O princípio do melhor interesse do menor observa-se todas as condutas que devem ser tomadas no que é melhor para o menor, mesmo que não seja o que o menor deseja. Pois, a jurisprudência tem se manifestado nesse sentido, como por exemplo, em questão de adoção, das possíveis pessoas à adotarem devendo levar em consideração o que é melhor para o menor e não o que o adotante deseja.

Já o princípio da prioridade absoluta vai refletir no caso de cada ato administrativo para ser pensado e analisado se está em conformidade com o art. 227 da Constituição Federal, já que a criança, o adolescente e o jovem tem prioridade absoluta em seus cuidados.

Os requisitos necessários para adoção é a idade mínima para o adotante que é de 18 (dezoito) anos, e 16 (dezesseis) anos de diferença de idade entre o adotante e o adotado, pois os pais ou representantes legais terão que consentir que seja feita a adoção, a concordância do adotado desde que esse esteja com mais de 12 anos de

idade. A adoção deverá obedecer ao processo judicial o ECA é responsável pelos procedimentos para menores de 18 anos em seus (art. 165 e 170). Um requisito que vale ressaltar e que para a concessão do procedimento de adoção é necessário o estágio de convivência se o adotado tiver mais de um ano de idade esse estágio tem como finalidade adaptar tanto o adotante com ao adotado ao seu novo lar e a sua nova vida, pois se tiver compatibilidade entre eles a adoção fica mais fácil de ser realizada. (GONÇALVES, 2009)¹⁶

E, por fim pode perceber que esses requisitos são de extrema importância uma vez, que o desejo da adoção mostra que o desejo da filiação e a vontade de ter uma pessoa em seu convívio familiar e até mesmo para aqueles que já tem filhos ter a criança ou adolescente em desenvolvimento como seus filhos por meio de estágio é muito bom para a adoção, pois estabelece um vínculo adequado à formação e ao desenvolvimento da personalidade do adotando.

Maria Helena Dinizvem conceituando adoção como: "o ato jurídico solene pelo qual, com observância dos requisitos legais, alguém estabelece vínculo fictício com alguém".¹⁷

Observa-se assim que a adoção vem a ser um ato que uma pessoa faz por outra tratando como filho independente do vínculo biológico. A doutrina clássica aponta que a adoção é um ato jurídico bilateral é de caráter humanitário não distinguindo os filhos biológicos dos filhos adotivos, pois terão os mesmos direitos e deveres.

Filho (2001, p. 88) expõe que: "a adoção põe-se fim de manifesto como típica instituição de proteção do menor por quem pode oferecer-lhe um vínculo afetivo fundamental para se desenvolver como ser humano e dar-lhe um marco sociocultural na ambiência familiar"¹⁸.

Ou seja, quem adota tem condições para cuidar e criar aquela criança ou adolescente, podendo o dar um vida melhor oferecendo uma boa condição de vida, a adoção é um ato de amor é deve ser respeitada.

Podem adotar pessoas maiores de 18 anos, desde que essas possuam condições morais e materiais, podendo oferecer ao adotado um ambiente familiar

¹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: São Paulo: Saraiva, 2009.

¹⁷ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro/Família, volume 5; 26 ed.; São Paulo: Saraiva, 2011, p. 546.

¹⁸ SILVA FILHO, Artur Marques da. Adoção Regime Jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, Anulação. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2001.

adequado. Pois, as pessoas solteiras podem adotar, desde que essa preencha os requisitos legais e, depois de muita discussão os homossexuais também podem adotar e os tios adotam os sobrinhos (DINIZ, 2011). Não sendo consentido adotar os que são relativamente e absolutamente incapazes, os ascendentes e os irmãos do adotado (art. 42, § 1º do CC) e os tutores e curadores esses só poderão adotar quando prestar contas de sua administração.

Em se tratando de quem pode ser adotado a lei destaca que tanto crianças quanto adolescentes e maiores de 18 anos poderão ser adotados e, essa adoção de menores de 18 anos é regulada pela nova lei de adoção nº 12.010/2009 e pelo ECA sendo que a adoção deverá sempre ser assistida pelo Poder Público (art. 227, § 5º, da CF/88).

Um dos efeitos da adoção é que o adotado terá seus laços rompidos automaticamente com a família biológica, dessa forma os genitores não poderão exigir mais notícias da criança ou adolescente, uma vez que, os vínculos de parentesco se extingue com a inscrição da adoção no Registro Civil.

Em relação aos efeitos jurídicos patrimoniais Diniz ensina que:

Obrigação do adotante de sustentar o adotado enquanto durar o poder familiar (Art. 1.634 do CC). Dever do adotante de prestar alimentos ao adotado (Art. 1694, 1696 e 1693 do CC), assim como o adotado tem o dever de prestar alimentos ao adotante, isso é assim por ser direito à prestação de alimentos recíproco entre pais e filhos.¹⁹

As obrigações são recíprocas entre adotante e adotado, pois os mesmos tem os mesmos direitos e deveres dos filhos biológicos. E, com isso o adotado também terá direito, na qualidade de filho à herança.

Para começar o processo de adoção essas crianças e adolescentes terão que ser destituídas da família biológica e essa destituição se dá através de um processo que será levado ao juizado para então poderem ser adotadas pela família pretendente, essa passará por uma análise que será feita por assistentes sociais e psicólogos para depois disso receber a guarda provisória do adotando. “Após o final do processo de adoção, os pais adotivos são autorizados a substituir a certidão de nascimento original pela nova certidão de nascimento, em tudo igual à anterior,

¹⁹ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro/Família, volume 5; 26 ed.; São Paulo: Saraiva, 2011.

mudando-se somente os nomes dos pais, avós, e eventualmente o nome da criança. Data, local de nascimento são mantidos.”

Vale ressaltar que a adoção é irrevogável e os filhos adotivos terão os mesmos direitos e deveres dos filhos biológicos sem nem uma restrição.

Eraldo Assunção aduz que:

[...] Para o adotante, que evidentemente salta a fase, a licença é essencial, pois favorece o melhor acolhimento do adotado, o que contribui para sua inserção e convivência familiar. Normalmente, o adotado esteve por longo período sob a égide de uma constituição estatal ainda que melhor tratamento tivesse, seria incompatível e insubstituível a presença e acompanhamento maternos. Ressalta-se ainda o aspecto psicológico que afeta muitas crianças ao tomarem ciência do abandono material por seus pais naturais.²⁰

Dessa forma obsta-se em dizer que na maioria dos casos essas crianças sofreram muito por decorrência do abono familiar, ou até mesmo ter sofrido nos abrigos em que ficou em determinado tempo, por tal motivo muitos vem com seu emocional muito abalado tendo dificuldade para se adaptar, relacionar e se comunicar com a nova família, o que vem a ser diferente do recém-nascido que possui um convívio de integral com a mãe e não sofreu nem uma carga emocional, ou seja, a relação entre a mãe adotiva e o filho adotivo é sem dúvida de extrema importância para vida dessa criança principalmente para a habitação dessa menor com a nova família, irmãos, avos e etc. Tais mudanças levam tempo, sendo assim não há motivos para o tempo dessa licença ser reduzida.

Vale ressaltar ainda segundo Eraldo Assunção que:

Não apenas as crianças estão sendo alvo de discriminação como também as seguradas adotantes, ocorrendo diferenciação entre trabalhadoras gestantes e adotantes, havendo, portanto, em última análise, uma anormalidade na legislação, uma vez que desrespeita o mandamento constitucional da igualdade, haja vista a efetiva diferenciação no tratamento dispensado a ambas.”²¹

²⁰ASSUNÇÃO, Eraldo Dantas. Jus Navigandi. A extensão da licença-maternidade à adotante em face do princípio da igualdade. 01 / 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9928/a-extensao-da-licenca-maternidade-a-adotante-em-face-do-princípio-da-igualdade>>. Acesso em: 28 de março de 2013, p. 5.

²¹ASSUNÇÃO, Eraldo Dantas. Jus Navigandi. A extensão da licença-maternidade à adotante em face do princípio da igualdade. 01 / 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9928/a-extensao-da-licenca-maternidade-a-adotante-em-face-do-princípio-da-igualdade>>. Acesso em: 28 de março de 2013, p. 30.

Segundo o autor, o princípio da igualdade vem a ser o princípio fundamental para o ordenamento jurídico brasileiro, pois esse busca acabar com a diferença dos indivíduos promovendo então igualdade entre todos, no entanto, quando a lei determina que a licença maternidade de mãe adotiva vem a ser diminuída de acordo com a idade da criança. Desobedece este princípio constitucional, sendo que a Lei Previdenciária determina períodos de afastamento diferentes à mãe biológica e mãe adotiva. Vale ressaltar, ainda que o adotado também é atingido por tal situação que está elencada no artigo 71-A da Lei nº 8.213/91. Haja vista, que a lei determina também que não pode haver diferenciação entre qualquer filho. Assim pode perceber que a Lei Previdenciária discrimina tanto a mãe como o filho.

Observa Paula e Muniz:

[...] que a própria Constituição Federal defende a igualdade entre mães gestantes e adotantes, e ainda veda qualquer discriminação entre os filhos biológicos ou adotados, bem como garante a igualdade de direitos entre todo e qualquer cidadão, independentemente de cor, raça, religião ou idade, não havendo, portanto, razão para que o legislador imponha prazos diferentes para o recebimento do benefício.²²

Por tal questionamento, verifica-se que o princípio da igualdade está sendo violado por não respeitar a necessidade do filho sendo ele adotivo, pois não respeita a necessidade que essa criança tem de se adaptar à nova família ou novo lar, na verdade se formos analisar a criação do benefício salário maternidade, esse tem o intuito de proteger de forma integral a criança não somente ao aspecto físico da mãe.

Pois, o Direito da Criança e do Adolescente tem o seu próprio objetivo amparado pelos princípios promocionais e intimamente ligados com o princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos em seu contexto mais amplo. Por isso, essa interpretação requer o reconhecimento da criança e do adolescente em sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento tendo uma valorização ao bem comum, os direitos e garantias individuais e coletivos, como determina o art. 6º, do ECA.

E, quando se trata das crianças e dos adolescentes no nosso sistema jurídico, a lei tem o objetivo de tutelar ambos de forma ampla, não apenas em se tratando

²²PAULA, Líria dos Santos; MUNIZ, Déborah Lídia Lobo. Licença-maternidade: o aumento do período de afastamento para a mãe trabalhadora. **Revista Jurídica da UniFil**, ano V, n. 5, 2007. Disponível em: <http://web.unifil.br/docs/juridica/05/ARTIGO_10.pdf>. Acesso em: 24 de abril de 2013.

das medidas repressivas contra atos infracionais, mas auxiliando sobre os direitos dos jovens e sua relação com a sua família, com a comunidade, com o Estado, com as coisas e com as pessoas.

Assim, o ECAtraz a proteção integral dos menores com os direitos que são extremamente necessários para o desenvolvimento físico, psíquico e mental da criança e do adolescente, pois o que eles necessitam é de, apenas, esperança e perspectiva, o que pode ser dado com a aplicação da proteção integral prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Thales Cerqueira afirma que: “[...] As pessoas em desenvolvimento que têm entre zero e doze anos de idade são crianças, e as que têm entre doze e dezoito anos de idade são adolescentes”.²³

Pois, o Estatuto estabelece uma importância na divisão conceitual em seu art. 2º, quando considera criança uma pessoa com 12 anos incompletos, ou seja, aquela que ainda não completou seus doze anos. E, os adolescente que é o jovem conta-se dos 12 anos completos aos 18 anos incompletos, haja vista, que ao completar 18 anos deixa de ser adolescente e alcança a maioridade civil (art. 5º do Código Civil), uma vez que, a distinção está nas medidas aplicáveis à prática de ato infracional, porque com a criança só se aplica a medida de proteção (art. 150), e não medidas sócio educativas que é aplicada aos adolescentes.

Por tal motivo chega a ser injusto que uma mãe adotiva tem menos tempo com seu filho por esse não ter, mas de um ano de idade, é certo que uma criança recém-nascida precisa de mais cuidado é que em caso de mãe biológica essa mesma tem que amamentar algo que adotante não faz, porém isso não significa que o adotante mereça menos carinho, atenção e que o convívio familiar seja restrito. Essa criança não está sujeita ao aleitamento materno, no entanto precisa de, mas contato com a família nova, pois tudo será novidade e necessitara de aprendizagem pra poder lidar com tudo isso, além-claro dos cuidados normais que toda criança precisa ter.

Isso vem a ser uma afronta ao princípio da igualdade elencado no artigo 5º, caput da Constituição Federal e artigo 227, § 6º da CF, pois o filho adotivo independente da idade e merece a mesma atenção que um filho biológico.

Gustavo Garcia informa, ainda, que:

²³CERQUEIRA, Thales Tácito. Manual do Estatuto da Criança e do Adolescente: teoria e prática. 2ª Ed. Niterói. Rio de Janeiro: Impetus. 2010, p. 21.

[...] muitos autores asseguram que as diferenças no período de gozo do benefício, de acordo com a idade da criança, acaba desestimulando a adoção de crianças com mais idade, as quais, muitas vezes, passam por maiores dificuldades para encontrar uma família e ainda se tem o fator da adaptação ao novo lar, já que a criança com idade mais avançada, tem maiores dificuldades em se adaptar e, por esta razão, a necessidade de um maior convívio com o grupo familiar, principalmente com a mãe.²⁴

Como retrata o autor, na legislação previdenciária, o salário maternidade é estipulado de acordo com a idade da criança, a lei vem ajudando mesmo que de forma abstrata aque sejam adotadas apenas crianças de até um ano de idade, pois a mãe terá mais tempo com o filho, isso faz com que o interesse por crianças maiores acabe a ser menor.

No constante assunto pode se verificar que a própria Carta Magna em seu artigo 227, parágrafo § 6º e § 19º garante a igualdade entre filhos biológicos ou adotados dando a eles os mesmos direitos e deveres, proibindo assim qualquer discriminação relativa à filiação. E, o artigo 41 do ECA, também menciona que o filho adotado tem os mesmos direitos e deveres, inclusive os sucessórios.

Mandalozzo (1996, p. 35), sobre o assunto, enfatiza que:

[...] uma vez adotado, esse filho possui os mesmos direitos e deveres de qualquer outra espécie de filho, segundo o dispositivo 41 da CF. Assim sendo, o filho adotivo merece também um período de 120 dias de convivência com sua mãe, pois também necessita de carinho e cuidados especiais nos primeiros dias de integração.²⁵

Se todas as legislações acima descritas mencionam a igualdade entre filhos biológicos e adotivos, não há motivos para legislação diferenciar prazos entre eles, uma vez que, tanto o recém-nascido como uma criança maior de 1(um) ano de idade, necessitam desses cuidados e de uma convivência no âmbito familiar. Vale ressaltar, que a lei expressa que a licença é devida para crianças adotadas até 8(oito) anos de idade, outra forma, de discriminação fazendo com que essas crianças se sintam excluídas, pois não terão atenção suficiente na sua entrada com a nova família já que o benefício é pago a mãe somente para crianças até os 8 (oito) anos de idade.

Castro e Lazzari, aduz:

²⁴GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Manual de Direito do Trabalho. 2. ed. rev. E atual, Rio de Janeiro: Forense : São Paulo: MÉTODO, 2010, p. 2.

²⁵MANDALOZZO, Silvana. A maternidade no Direito do Trabalho. Curitiba: Juruá. Editora, 1996, p. 35.

[...] confirmando que o poder legislativo, comete erro gravíssimo ao deferir a licença somente em casos de adoção de criança até 8 (oito) anos de idade, completos, e ainda de forma “escalonada”, classificando os destinatários da proteção materna substitutiva da maternidade biológica, formando-se odiosa discriminação, no tocante a quem tenha mais que esta idade, e que nem por isso deixam de ser crianças e de ter direito a receber a proteção integral indicada no artigo 227, da Constituição Federal, bem como a de poder conviver com a mãe nos primeiros dias no novo lar.²⁶

No entanto, mais uma vez, a legislação trata esse assunto de forma equivocada, pois o ECA assegura em seu artigo 2º que é considerada criança a pessoa com até 12 (doze) anos de idade incompletos, por tal menção no ECA não há motivos para que a Lei da Previdência, em seu artigo 71-A, e o Decreto 3.048/99, em seu artigo 93-A, determine que somente a criança adotada com até 8 (oito) anos de idade tenha direito a receber o benefício de salário maternidade, pois assim estará estabelecendo o que a criança de mais de 8 (oito) anos de idade não terá que conviver com a mãe um determinado tempo até se adaptar, sendo que esse critério de idade não teve nenhuma base científica ou legal para tal delimitação.

Em relação ao convívio familiar FREDIANE (apud OLIVEIRA, 2010) expõe que:

[...] a licença-maternidade se revela um mecanismo que busca facilitar o ajuste de relação entre a mãe e a criança, implicando em período necessário e fundamental à estruturação da família. Diante desses fatores, é que os primeiros meses sob novas condições de convivência devem ser estimuladas na medida em que garantem ao filho biológico ou adotado, a atenção imprescindível para sua inserção no novo lar. Dessa maneira, mãe biológica ou adotante terão as mesmas necessidades e dificuldades semelhantes de adaptação com as crianças no convívio familiar.²⁷

Frediane, retrata o quanto é importante o convívio familiar para o adotante e para o adotado, frisando que é necessário o afastamento da mãe do trabalho para cuidar do seu filho, seja em caso de gravidez ou adoção, pois esse tempo é indispensável para inserção dessa criança no novo lar. Não há como fazer diferenciação de mãe biológica ou adotante com a nova criança, pois ambas terão dificuldades de convívio com a nova criança.

Castro e Lazzari afirma:

²⁶ CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 11. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 661.

²⁷ OLIVEIRA, Juliana Barão de. Licença-maternidade para mães adotantes. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2537, 12 jun. 2010. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=15022>>. Acesso em: 24 de abril de 2013.

Diante dos conflitos existentes entre a Lei Trabalhista e a Lei Previdenciária, que dão margem à discriminação entre as adoções, em razão da idade do adotado, no que tange ao tempo de recebimento da licença, cabe aqui, aplicação do mecanismo da interpretação, conforme a Constituição, que em matéria de maternidade fixou um único período, qual seja, de 120 (cento e vinte) dias, não importando se é em caso de gestação, ou adoção, ou guarda judicial, sendo que tal período deve ser respeitado para o caso da extensão à maternidade por adoção.²⁸

A Lei nº 12.010/2009, alterou as Leis 8.069/1990, ECA, Lei 8.560/1992, que revoga dispositivos da Lei nº 10.406/2002, Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto nº 5.452/1943, alterando inúmeros artigos, dentre eles a revogação do artigo 8º, os §§ 1º a 3º, do artigo 392-A, passando a partir de agosto de 2009 a ser concedida a licença maternidade de 120 (cento e vinte) dias, independentemente da idade da criança para toda empregada que adotar ou obtiver guarda judicial, para fins de adoção de criança. Pois, ao tentar igualar esse direito, porém, esta mesma lei, esqueceu-se de modificar a Lei Previdenciária nº 8.213/91 e revogar o artigo 71-A e o artigo 93-A do Decreto 3.048/99, deixando uma contradição entre as leis fazendo com que a mãe adotiva continue a receber o benefício do salário maternidade de forma diferenciada, em razão da idade da criança adotada, uma vez que tal benefício é concedido pela Previdência Social.

Pois, havendo algum tipo de diferenciação irá ferir o princípio da igualdade, fazendo com que filhos adotivos sejam discriminados, o legislador deverá interpretar o direito ao salário maternidade para mãe adotante, conforme consta na Constituição Federal, ou seja, 120 (cento e vinte) dias, haja vista que a própria Lei 12.010/2009 demonstrou ser inviável tal distinção, não havendo razão para que na Lei da Previdência a mãe adotante e o próprio adotado sejam prejudicados.

Ressalta-se que além da questão doutrinária, já houve até o presente momento bastantes decisões nos tribunais referente ao tema exposto.

No entanto, antes da Lei 10.421/02, não havia entendimento unânime entre os Tribunais, logo, “o Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região foi pioneiro em decisões favoráveis ao consentimento da licença-maternidade às mães adotivas e, já em 1993, a 3ª Turma do referido Tribunal, com relatoria do Desembargador Zeno

²⁸CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. Manual de direito previdenciário. 11. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 662.

Simm, se pronunciou em reclamatória trabalhista em que a reclamante buscava o direito ao gozo do afastamento”(...).

O afastamento é no caso por períodos igualitários, independentemente da idade do adotante, pois o filhoadotivo merece também um período de 120 dias de convivência com sua mãe, pois necessita também de carinho e cuidados especiais nos primeiros dias de adaptação, não podendo se atribuir o tratamento especial à empregada gestante, considerada aquela que desenvolve o embrião em seu útero até o nascimento, a que a gravidez ocorre por meios de inseminação artificial ou por meios legais de adoção.

Pois, quem é mãe é mãe, independe que seja biológica ou adotiva, o que se tem que fazer é proteger a maternidade e a infância, não se limitando à proteção da mãe, mas o da (s) criança (s), visando assegurar a permanência da mãe junto ao seu filho, com o objetivo de estreitar laços afetivos que os une, garantindo um saudável desenvolvimento integral da criança.

Qualquer que seja a origem da maternidade, biológica ou adotiva ou qualquer idade que tenha a criança. “Não se estende à mãe adotiva o direito à licença, instituído em favor da empregada gestante pelo inciso XVIII do art. 7º, da Constituição Federal, ficando sujeito ao legislador ordinário o tratamento da matéria” (RE 197807/RS, Min. Octávio Gallotti).

O voto do Ministro Relator foi no sentido de que a licença tem a finalidade de proporcionar às mães a recuperação e estreitamento de laços com o recém nascido, conforme texto constitucional. Pois, a adoção de uma criança independentemente da idade tem que ter uma adaptação para a sua convivência ao novo lar, mas o problema está no sentido de que a adoção de um recém nascido é mais fácil para se acostumar no convívio atual da família, do que de uma criança que já vem com costumes formados.

Acerca do tema, é importante transcrever a decisão do DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM MEGUERIAN, *verbis*:

PREVIDENCIÁRIO. LICENÇA-MATERNIDADE. MÃE ADOTIVA. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LICENÇA ADOÇÃO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL1 - Negar à mãe adotiva o direito a licença-maternidade equivale a desrespeitar a Constituição Federal que impede qualquer discriminação entre filhos legítimos e adotados. Constituição Federal2 – A licença adoção conferida em razão de acordo coletivo nenhuma relação tem com o benefício previdenciário da licença-maternidade.3 – Ação proposta anteriormente à edição da Lei nº 10.421/02, que estende o benefício da Lei

nº 8.213/91, art. 72 às hipóteses de adoção.10.4218.213724 – Agravo não provido. (AG 2001.01.00.022078-0/DF, Rel. Juíza Federal Daniele Maranhão Costa Calixto (conv), Segunda Turma,DJ p.38 de 23/09/2003)CONSTITUIÇÃO FEDERAL Constituição Federal10.4218.2137238(22078 DF 2001.01.00.022078-0, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM MEGUERIAN, Data de Julgamento: 28/05/2003, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 23/09/2003 DJ p.38).

Não podendo haver nenhuma diferença entre os filhos naturais e adotados e nem pela idade da criança, afrontando a determinação da lei do prazo trabalhista de 120 dias, mas a legislação previdenciária afirma que há diferença no prazo da licença e na idade da criança, mas cabe ressaltar, que a decisão do Desembargador Federal, se não houver determinação constitucional, poderá ser por analogia, equidade e outros princípios gerais de direito, não sendo possível ao magistrado a negativa a análise de questão proposta, observando o Princípio da Inafastabilidade da Apreciação do Poder Judiciário.

No entanto, diante de tantos acontecimentos sociais o direito não pode mais se esconder sob a desigualdade entre a maior das semelhanças entre as mulheres, que são os filhos.

De acordo com o Relator Guilherme Augusto Caputo Bastos entende que:

LICENÇA-MATERNIDADE- INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA - MÃE ADOTIVA - APLICABILIDADE DA LEI Nº 10.421/02. À época da adoção, não havia determinação legal ou constitucional prevendo a licença maternidade à mãe adotiva, não se pode obrigar o reclamado a conceder tal licença ou qualquer reparação, pois importaria em maltrato ao disposto no art. 5º, II, da Carta Magna. Entretanto, a nova Lei nº 10.421/02 estendeu à mãe adotiva o direito à licença-maternidade e ao salário-maternidade, alterando artigos da Consolidação das Leis do Trabalho e da Lei nº 8.213/91, mas, em seu artigo 5º limitou seus efeitos aos fatos posteriores à sua publicação. Não se aplica, portanto, aos fatos ocorridos antes da sua vigência. Recurso de revista a que se nega provimento.5ºIICarta Magna10.421Consolidação das Leis do Trabalho8.2135. (232007620005150007 23200-76.2000.5.15.0007, Relator: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 09/11/2005, 1ª Turma, Data de Publicação: DJ 03/02/2006.)

Ocorreu algumas mudanças no direito ao salário maternidade, que foi no caso da mãe adotante poder ficar afastada do seu trabalho, recebendo o salário e, isso somente aconteceu por causa da Lei nº 10.421, de 15 de abril de 2002, a qual assegurou que asegurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança, também terá garantido o direito ao recebimento do salário maternidade bem como a licença maternidade. No entanto,

superando o conceito de proteção biológica para acolhimento familiar, como primeiro espaço de socialização, cujos vínculos devem ser fortalecidos, bem como a proteção à família.

DECISÃO JUDICIAL: INSS publica sentença da ACP nº 5019632-23.2011.404.7200, sobre salário-maternidade para mães adotantes

01/06/2012 - 15:51:00

O INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS torna público que, em cumprimento à sentença de procedência proferida na ACP nº 5019632-23.2011.404.7200, em trâmite perante a 1ª Vara Federal de Florianópolis/SC, os benefícios de salário-maternidade em manutenção ou concedidos com fundamento no art. 71-A da Lei nº 8.213/91 (casos de adoção ou obtenção de guarda judicial para fins de adoção), passarão a ser devidos pelo prazo de 120 (cento e vinte dias), independentemente da idade do adotado, desde que cumpridos os demais requisitos legais para a percepção do benefício. Nos casos de salário-maternidade em manutenção, a prorrogação do prazo para 120 dias será efetivada de ofício pelo INSS, independentemente de requerimento administrativo da segurada.

No entanto, percebe-se que a não revogação do artigo 71-A, da Lei da Previdência acaba prejudicando as mães que querem adotar, porque a segurada só poderá afastar-se de seu emprego se tiver a segurança de que irá receber seu salário, ou seja, se estiver de licença maternidade, cuidando do seu filho, já que, quem paga o salário é a Previdência Social. Portanto, mesmo que na lei trabalhista as mães adotantes tenham garantido os 120 (cento e vinte) dias, em termos de recebimento de salário, as mães teriam que respeitar a norma da Previdência que é de acordo com a idade da criança adotada, mas conforme decisão acima, passará a ser recebido o benefício independentemente da idade do adotado, desde que cumpridos os demais requisitos legais para a percepção do mesmo.

5CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho concluímosque o salário maternidade que estende-se à mãe adotante ou à que obtiver guarda judicial para fins de adoção, se deu através da Lei 10.421/2002, trazendo a relação mãe e filho, ou relação familiar equiparando os filhos biológicos aos adotivos, com isso a lei incentivou a adoção, no entanto, ao ser promulgada, acabou dando tratamento diferenciado aos filhos biológicos e adotivos, concedendo tempo inferior às crianças adotadas, acima de 1 (um) ano de idade. Logo, a referida lei ocasionou varias discussões sobre a diferenciação de mãe biológica e adotiva, ou seja, para fazer jus ao beneficio vai depender da idade da criança.

Para sanar tal desigualdade na fruição do tempo do benefício de salário maternidade entre mãe adotante e a biológica, bem como de assegurar o direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes, adveio a Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009.Esta lei alterou as Leis 8.069/1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.560/1992, que revoga dispositivos da Lei nº 10.406/2002, Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto nº 5.452/1943, alterando inúmeros artigos, dentre eles a revogação do artigo 8º, os §§ 1 a 3º, do artigo 392-A, passando a partir de agosto de 2009 a ser concedida a licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, independentemente da idade da criança, a toda a empregada que adotar ou obtiver guarda judicial, para fins de adoção de criança.

Esta mesma lei, em nada modificou a Lei Previdenciária nº 8.213/91 e nem revogou o artigo 71-A e o artigo 93-A do Decreto 3.048/99, restando contradição entre as leis fazendo com que a mãe adotiva continue a receber o benefício do salário maternidade de forma diferenciada, em razão da idade da criança adotada, uma vez que tal benefício é concedido pela Previdência Social.

Contudo hoje a unanimidade das jurisprudências em considerar que o tempo de fruição do beneficio de mãe adotante é de 120 dias independe da idade da criança vem tomando conta dos tribunais, pois, a criança precisará ter uma adaptação para a sua convivência ao novo lar, mas a problemática está no sentido de que a adoção de um recém nascido é mais fácil para se acostumar no convívio atual da família, do que uma criança que já vem com costumes formados.

No entanto, concluímos que a não revogação do artigo 71-A, da Lei Previdenciária nº 8.213/91, cria condições diferentes para situações iguais, ao conceder o benefício do salário maternidade com tempo diferenciado entre a mãe biológica e a adotiva, gerando discriminação, afronta ao princípio da igualdade presente na Constituição, vindo a contrariar os preceitos da República Federativa do Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ASSUNÇÃO, Eraldo Dantas. Jus Navigandi. **A extensão da licença-maternidade à adotante em face do princípio da igualdade.** 01 / 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9928/a-extensao-da-licenca-maternidade-a-adotante-em-face-do-princípio-da-igualdade>>. Acesso em: 28 mar. 2013.

BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** 4^a Ed. rev., amp., e atualizada até novembro de 2010. Salvador: Bahia: Juspodivm, 2010.

Brasil. **Lei n. 8.213**, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/1970-1979/L6136.htm>. Acesso em: 24 de abril de 2013.

_____. **Lei n. 8.212**, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custo, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/1970-1979/L6136.htm>>. Acesso em: 24 de abril de 2013.

_____. **Lei n. 10.421**, de 15 de abril de 2002. Estende à mãe adotiva o direito à licença maternidade e ao salário-maternidade, alterando a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10421.htm>>. Acesso em: 24 de abril de 2013.

_____. **Lei n. 12.010**, de 03 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis n. 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm>. Acesso em: 24 de abril de 2013.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário.** 8. ed. reimp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

CERQUEIRA, Thales Tácito. **Manual do Estatuto da Criança e do Adolescente: teoria e prática.** 2^a Ed. Niterói. Rio de Janeiro: Impetus. 2010.

CUSTÓDIO, André Viana. **Teoria da proteção integral:** pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. Disponível em: <<http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/viewFile/657/454>>. Acesso em: 28 de março de 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro/Família**, volume 5; 26 ed.; São Paulo: Saraiva, 2011.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese.** 14^a Ed. São Paulo: Perspectiva. 1999.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de Direito do Trabalho.** 2. ed. rev. E atual, Rio de Janeiro: Forense : São Paulo: MÉTODO, 2010.

_____. **Licença-maternidade deve ser uniformizada.** 27 jan. 2010. Disponível em:<<http://www.conjur.com.br/2010-jan-27/licenca-maternidade-casosadocao-guarda-uniformizada?pagina=2>> Acesso em: 27 de março de 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro:** São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Odonel Urbano. **Manual de direito do trabalho.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. **Direito previdenciário para concursos.** São Paulo: Atlas, 2006.

GUEDES, Márcia Novaes. **Licença para as mães e direitos fundamentais das crianças.** Disponível em:<http://www.decisoes.com.br/v29/index.php?fuseaction=home.mostra_artigos_boletins&id_conteudo=104214> Acesso em: 23 de abril de 2013.

Guia do Bebê. Gestante. Disponível em: <<http://guiadobebe.uol.com.br/licenca-maternidade-com-bebes-adotivos/>> Acesso em: 23 de Fevereiro de 2013.

Jornada de Direito do Trabalho. ECA. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10588>. Acesso em: 28 de março de 2013.

JUSBRASIL. Licença-maternidaee - Indenização Substitutiva - Mãe Adotiva - Aplicabilidade da Lei nº 10.421/02. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1963410/recurso-de-revista-rr-232007620005150007-23200-7620005150007-tst>>. Acesso em: 24 de abril de 2013.

MANDALOZZO, Silvana. **A maternidade no Direito do Trabalho.** Curitiba: Juruá Editora, 1996.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social.** 25 ed. 2 reimpr., São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Direito da Seguridade Social.** 27 ed. 2 reimpr., São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de direito previdenciário, tomo II:** previdência social. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003.

MARCUS, Douglas; HUGOLINO NETO, Nunes de Figueiredo. **Licença-maternidade para a mãe adotiva.** 26 set. 2009. Disponível em: <http://professordouglasmarcus.blogspot.com/2009_09_01_archive.html>. Acesso em: 24 de abril de 2013.

OLIVEIRA, Juliana Barão. **Licença-maternidade para mães adotantes**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2537, 12 jun. 2010. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=15022>>. Acesso em: 27 de março de 2013.

PAULA, Líria dos Santos; MUNIZ, Déborah Lídia Lobo. **Licença-maternidade**: o aumento do período de afastamento para a mãe trabalhadora. Revista Jurídica da UniFil, ano V, n. 5, 2007. Disponível em: <http://web.unifil.br/docs/juridica/05/ARTIGO_10.pdf>. Acesso em: 24 de abril de 2013.

PEREIRA. Rodrigo Cunha. **Família e dignidade humana** / V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: Ibd fam, 2006.

PINTO, Augusto Luiz de Toledo. et al. **Vademecum compacto acadêmico dedireito**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva. 5. ed. atual. eampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

PREVIDÊNCIA SOCIAL. **Requerimento de Salário Maternidade**. Disponível em: <http://www.dataprev.gov.br/servicos/salmat/salmat_def.htm>. Acesso em: 23 de Fevereiro de 2013.

PREVIDÊNCIA SOCIAL. **Decisão Judicial**. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/vejaNoticia.php?id=46605>>. Acesso em: 24 de abril de 2013.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito Previdenciário**. 8^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. – (Coleção sinopses jurídica; v. 25).

SILVA FILHO, Artur Marques da. **Adoção Regime Jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, Anulação**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2001.

TRF da 4^a Região. **Licença-maternidade à mãe adotante**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/16468/licenca-maternidade-a-mae-adotante>>. Acesso em: 23 de abril de 2013.

WIKIPÉDIA. **A enciclopédia livre**. Adoção. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Ado%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 25 de Fevereiro de 2013.