

O Salário Maternidade no Regime Geral de Previdência Social

*Rúbia Zanotelli de Alvarenga

Sumário: 1. Aspectos legais do salário- maternidade; 2. Início do benefício; 3. Carência; 4. Renda mensal do benefício; 5. Incidência de contribuição previdenciária; 6. Retorno à atividade; 7. O salário-maternidade no período de graça; 9. A maternidade substitutiva

Àquele lado do tempo
Onde abre a rosa da aurora,
Chegaremos de mãos dadas,
Cantando canções de roda
Com palavras encantadas.

Chegaremos de mãos dadas,
Tagore, ao divino mundo
em que o amor eterno mora
e onde a alma é o sonho profundo
da rosa dentro da aurora.

Chegaremos de mãos dadas
Cantando canções de roda.
E então nossa vida toda
Será das coisas amadas.

Cecília Meireles

1. Aspectos Legais do Salário Maternidade

O salário maternidade compreende um benefício previdenciário pago durante 120 (cento e vinte dias) dias pelo INSS à segurada regida pelo Regime Geral de Previdência Social, em decorrência de nascimento de filho ou em virtude de obtenção de guarda judicial para fins de adoção de criança de até 8 (oito) anos de idade.

As regras do salário maternidade estão disciplinadas nos seguintes diplomas legais: art. 7º, inciso XVIII e art. 201, inciso II, da CF/88; art. 71 a 73 da Lei nº 8.213/91; art. 93 a 103 do Decreto nº 3.048/99. A CLT também trouxe um capítulo específico sobre a proteção ao trabalho da mulher (arts. 372 a 401), subdividido em seis seções, sendo a penúltima delas sobre a proteção à maternidade (arts. 391 a 400).

*Mestre em Direito do Trabalho pela PUC-MG. Professora de Legislação Social e Trabalhista da Fucape-ES e de Direito Previdenciário da Faculdade Pio XII-ES. Professora de Direito e Processo do Trabalho da Finac-ES. Professora do Curso de Pós Graduação em Direito do Trabalho da Faculdade Fatividade-MG. Advogada.

Apesar das inúmeras denominações - *licença à gestante, licença-maternidade, salário-maternidade* – predomina, no Brasil, a denominação salário-maternidade para designar o benefício previdenciário devido à segurada em decorrência do parto (inclusive no caso de mãe substitutiva), do aborto não criminoso, da adoção de crianças com idade não superior a 8 (oito) anos de idade ou da obtenção da guarda para fins de adoção de criança com idade não superior a 8 (oito) anos de idade.

Existe diferença entre a licença-maternidade e o salário-maternidade. A licença-maternidade ou licença-gestante compreendem o período de 120 (cento e vinte) dias de afastamento da empregada, ao passo que o salário-maternidade representa o pagamento que será efetuado pelo INSS em decorrência do período de afastamento da segurada gestante.

Cabe enfatizar que qualquer segurada, tanto a empregada (urbana, rural ou temporária) como a empregada doméstica, trabalhadora avulsa (art. 7º, XXXIV, CF/88), contribuinte individual (autônoma, eventual, empresária), segurada especial e facultativa têm direito ao salário-maternidade.

Inicialmente, a Lei nº 8.213/91 garantiu o salário-maternidade às empregadas, bem como às trabalhadoras domésticas e às trabalhadoras avulsas. Posteriormente, a Lei nº 8.861/94 estendeu o benefício à segurada especial, através da inserção do parágrafo único no artigo 39 da Lei nº 8.213/91. Por fim, com a edição da Lei nº 9.876/99, as seguradas facultativas e as contribuintes individuais passaram a ter direito ao salário-maternidade.

A finalidade social do salário-maternidade é propiciar o descanso da mulher trabalhadora e garantir o contato da mãe com a criança nos primeiros meses de vida. Como menciona Júnior (2008,p.283), o salário- maternidade “é concedido visando a proteção da mulher, bem como a proteção do filho”.

O salário-maternidade, juntamente com o salário família, é um dos benefícios que visam à cobertura dos encargos familiares. Tem por objetivo a substituição da remuneração da segurada gestante durante os cento e vinte dias de repouso, referentes à licença maternidade.(TAVARES, 2008,p.160)

Por força das inovações trazidas pela Lei nº 10.421, de 15 de abril de 2002, o salário-maternidade foi estendido à mãe adotiva e à guardiã para fins de adoção,

mediante a inserção do artigo 392-A à CLT. O artigo 71-A da Lei n. 8.213/91 também garantiu o salário-maternidade a toda segurada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança. São variáveis os prazos da licença-maternidade por adoção ou guarda judicial para fins de adoção, se não vejamos: a) a concessão de 120 (cento e vinte) dias de salário-maternidade para a adoção de criança de até 1 (um) ano de idade; b) a concessão de 60 (sessenta) dias de salário-maternidade para a adoção de criança a partir de 1 (um) ano até 4 (quatro) anos completos; c) a concessão de 30 (trinta) dias de salário-maternidade para a adoção de criança a partir de 4 (quatro) anos até 8 (anos) completos.

Por exclusão, caso a criança adotada ou sob guarda para fins de adoção tenha idade superior a 8 (oito) anos, não será devido o salário-maternidade à empregada. Dispõe, ainda, o artigo 392-A, parágrafo 4º da CLT que o salário-maternidade somente será concedido mediante a apresentação do termo judicial de guarda à adotante ou guardiã.

Havendo adoção ou guarda para fins de adoção de criança com até 8 (oito) anos de idade, o salário-maternidade será devido à segurada independente de a mãe biológica ter recebido o mesmo benefício quando do nascimento da criança (art. 93-A, § 1º, do Decreto n. 3.048/99). São independentes entre si, os direitos da mãe biológica e o da mãe adotiva ou guardiã, quanto a qualquer direito trabalhista ou previdenciário, inclusive quanto à licença-maternidade e ao salário-maternidade, que podem coexistir para ambas.

Não é devido o salário-maternidade quando o termo de guarda não contém a observação de que o salário-maternidade é para fins de adoção. Também não será devido, quando o termo de guarda contiver apenas o nome do cônjuge ou do companheiro, conforme se depreende do artigo 93-A, parágrafo 2, do Decreto n. 3.048/99. Assim, para concessão do salário-maternidade é indispensável que conste da nova certidão de nascimento da criança ou do termo de guarda (mesmo para fins de adoção), o nome da segurada adotante ou guardiã.

Caso ocorra a adoção de mais de uma criança na mesma oportunidade, o salário-maternidade será devido levando em consideração, para efeito do tempo do benefício, a criança que tenha idade inferior. Embora a CLT e a Lei nº 8.213/91 sejam omissas, prepondera a norma mais favorável ou a condição mais benéfica. Nessas situações, o pagamento do salário-maternidade será efetuado diretamente

pela previdência social à segurada empregada, sem que haja a intermediação do empregador.

Segundo Martins (2008, p.379), “é bastante razoável o entendimento da concessão do benefício à adotante para que ela possa cuidar da criança e para que esta possa se adaptar à nova residência, às novas pessoas”.

Cumprе ressaltar que, conforme o artigo 131, II da CLT, o período em que a segurada empregada estiver afastada do trabalho em decorrência de percepção de salário-maternidade será computado no tempo de serviço da empregada para fins de férias e para efeito de aposentadoria. Para efeito de duração das férias (art. 130-A da CLT), não será considerada falta a ausência ao trabalho durante o período de licenciamento compulsório por motivo de maternidade ou aborto (art. 131, II, da CLT).

Também será devido o depósito na conta vinculada do FGTS e a base de cálculo do mesmo será revista sempre que ocorrer aumento geral na empresa ou na categoria profissional a que pertence a empregada. Por isso, parte expressiva da doutrina trabalhista brasileira enquadra a percepção do salário-maternidade como modalidade de interrupção da prestação de serviços.

A maioria da doutrina insiste que o correto enquadramento no presente caso, é o que se reporta à interrupção contratual. E com inteira razão, sem dúvida. De fato, todos os efeitos básicos da interrupção comparecem à presente situação trabalhista. Ilustrativamente, mantém-se a plena contagem do tempo de serviço obreiro para todos os fins (gratificações, se houver; 13º salário; período aquisitivo de férias, etc); mantém-se o direito às parcelas que não sejam salário condição; mesmo quanto a estas, se forem habituais, mantém-se a obrigação de seu reflexo no cálculo do montante pago à obreira no período de afastamento; preserva-se, por fim, a obrigação empresarial de realizar depósitos de FGTS na conta vinculada da empregada no período de licença (art. 28, Decreto n. 99. 684/90). (DELGADO, 2009, p. 992)

O autor, em seqüência ainda destaca que:

[...] trata-se de caso de interrupção contratual em que a ordem jurídica buscou minorar os custos normalmente assumidos pelo empregador, isso em decorrência de uma política social dirigida a eliminar discriminações à mulher no mercado de trabalho. É que, se fossem mantidos todos os custos da interrupção no presente caso, prejudicar-se-ia a mulher obreira, dado que se estaria restringindo comparativamente seu mercado de trabalho

(seus contratos seriam potencialmente mais caros para o empregador, levando este a práticas discriminatórias contra as mulheres.

Durante a percepção do salário-maternidade, a trabalhadora ficará provisoriamente afastada do trabalho, recebendo a mesma remuneração, só que a título de benefício previdenciário.

No que tange à adoção monoparental, vale destacar que

Apesar de não previsto em lei, entendo possível o deferimento de salário maternidade para o segurado em caso de adoção monoparental. Se o objetivo, neste caso, é permitir uma melhor adaptação no convívio com o adotado e a adoção é realizada somente por um homem, estaria perfeita a analogia para o fim de concessão da prestação.(TAVARES, 2008, p.160)

No que se refere à concessão do salário-maternidade na união homoafetiva, é preciso destacar que o artigo 201, inciso V ampliou o rol de dependentes do segurado, ao reconhecer a relação civil e a dependência econômica entre casais do mesmo sexo na seara previdenciária. Assim, destaca Martinez (2008, p.132) que, “na hipótese de gravidez da mulher homossexual por inseminação artificial ou na circunstância de adoção ou guarda de criança, impõe-se o salário-maternidade da convivente segurada do RGPS”.

O autor relembra que “a Lei nº 10.421/02, criando o artigo 71-A no PBPS e o artigo 392-A na CLT, ampliou o direito ao salário-maternidade, no caso das seguradas adotarem crianças. Ambos os preceitos falam em seguradas e empregadas, sem distinguir a opção sexual”.

2. Início do benefício

A finalidade do benefício é preservar o salário-maternidade da segurada empregada durante o seu afastamento do trabalho, por 120 dias. O salário-maternidade inicia-se no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto até a data deste, observadas as situações e condições previstas na legislação trabalhista e previdenciária no que concerne à proteção à maternidade. Assim, dá-se o início até 28 (vinte e oito) dias anteriores ao parto e o término 91 (noventa e um) dias depois deste, considerando, para todos os efeitos legais, o dia do parto.

Ressalta-se, contudo, que mesmo se a segurada continuar trabalhando até a data do parto, a mesma terá direito ao salário-maternidade durante 120 (cento e vinte) dias, contados, neste caso, a partir da data do parto. A data de início do benefício pode recair em qualquer dia, entre 28 (vinte e oito) dias antes e a data do parto, competindo à gestante apresentar os respectivos atestados médicos.

Quando o requerimento ocorrer após o parto, o documento comprobatório será a certidão de nascimento, podendo, em caso de dúvida, ser a segurada submetida à avaliação médico-pericial junto ao INSS, conforme preceitua o artigo 95, parágrafo único do Decreto nº 3.048/99.

No âmbito trabalhista, a empregada deve, mediante atestado médico, notificar o seu empregador da data do início do afastamento do emprego, que poderá ocorrer entre o 28 (vigésimo oitavo) dia antes do parto e a data da ocorrência deste.

Para fins de concessão de salário-maternidade, considera-se parto o evento ocorrido a partir da 23ª semana (6 meses) de gestação, inclusive em caso de natimorto. A segurada que, involuntariamente, perder o feto a partir dessa data de gestação, receberá o salário-maternidade durante 120 (cento e vinte) dias. Mas se tal evento ocorrer antes da 23ª semana de gestação, o salário-maternidade será devido por um período de duas semanas, pois, nesse caso, trata-se de aborto não criminoso, seja este legal ou espontâneo. Em tal circunstância, assegura-se o repouso durante duas semanas para a segurada empregada (art. 395 da CLT), bem como à trabalhadora avulsa (art. 7º, XXXIV da CF/88).

De acordo com o artigo 128 do Código Penal brasileiro, o aborto não criminoso abrange vários aspectos: o aborto involuntário; quando não há outro meio de salvar a vida da gestante; quando a gravidez resulta de estupro. Nos casos de prática de aborto criminoso, a segurada não terá direito ao salário-maternidade.

Caso o aborto tenha sido provocado por terceiros, de modo criminoso, sem o consentimento da segurada gestante, como a mesma não concorreu para a prática delituosa, terá direito ao salário-maternidade correspondente apenas a duas semanas.

No caso de adoção, o início da prestação se dará com a sentença de adoção ou com a apresentação do termo judicial de guarda.

O documento comprobatório para requerimento do salário-maternidade da segurada contribuinte individual e facultativa é a certidão de nascimento do filho,

exceto nos casos de aborto espontâneo, quando deverá ser apresentado atestado médico.

Mediante atestado médico específico e em situações excepcionais, como as de preservar a saúde e a vida da mãe e do feto ou da criança, o início do benefício poderá ser antecedido em 2 semanas ou, após os 120 dias, poderão ser concedidas mais 2 semanas, conforme o artigo 392, parágrafo 2º da CLT e artigo 93, parágrafo 3º do Decreto n. 3.048/99. Esse alongamento anterior e posterior dos períodos de repouso deverá ser apreciado pela perícia médica do INSS através de atestado médico.

Caso a segurada empregada necessite de mais tempo, em decorrência de incapacidade total ou parcial para o exercício de atividade laborativa, a mesma terá direito ao auxílio-doença ou à aposentadoria por invalidez. Tal afastamento decorre por motivo de risco da gravidez, em que é preciso repouso absoluto por parte da gestante.

Caso a segurada esteja em gozo do auxílio-doença e ocorrer o parto, este benefício deverá ser suspenso para que possa ser outorgado à segurada o salário-maternidade durante 120 (cento e vinte) dias. Cessado o período de 120 (cento e vinte) dias e mantida a situação de incapacidade para o exercício do trabalho, deverá ser restabelecido automaticamente o auxílio-doença.

Em situações de antecipação do parto, será devido o salário-maternidade pelo seu período integral de 120 (cento e vinte) dias. Nesse aspecto, o período de carência será reduzido em número de contribuições, equivalente ao número de meses em que o parto foi antecipado.

Ocorrendo a situação do parto de natimorto, comprovado por atestado médico, ainda serão devidos os 120 (cento e vinte) dias de salário-maternidade, desde que o parto aconteça a partir do 6º (sexto) mês de gestação. Caso esse fato ocorra antes dessa data, o benefício previdenciário devido é auxílio-doença, pois só é considerado natimorto o feto que tiver mais de 6 (seis) meses de gestação. Deve-se ressaltar que, mesmo com o óbito da criança, a licença-maternidade deve ser mantida durante o prazo pertinente, uma vez que a lei não condiciona tal vantagem à sobrevivência do menor.

Para a segurada doméstica, serão observadas as situações previstas na legislação trabalhista relativas à proteção à maternidade, pois o artigo. 93, parágrafo 1, do Decreto n. 3.048/99 estabelece que, para as seguradas empregadas, inclusive

as domésticas, no que couber, serão observadas as situações e condições previstas na legislação trabalhista relativas à proteção à maternidade.

O benefício se extinguirá com a morte da segurada beneficiária, podendo os dependentes da mesma requerer o benefício previdenciário pensão por morte (art. 74 a 79 da Lei nº 8.213/91). Valores não recebidos em vida pela beneficiária do salário-maternidade deverão ser pagos aos dependentes habilitados à pensão por morte ou, na falta deles, aos sucessores na forma da lei civil, independentemente de inventário ou arrolamento.

3. Carência

Considera-se período de carência o tempo correspondente ao número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que os beneficiários do Regime Geral de Previdência Social tenham direito aos benefícios concedidos pela Previdência Social no Brasil, a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências. Os prazos de carência estão fixados no artigo 25 da Lei nº 8.213/91.

O período de carência do salário-maternidade varia de acordo com a atividade laborativa exercida pela segurada beneficiária. Para a segurada contribuinte individual, especial e facultativa, a carência corresponde a 10 (dez) contribuições mensais.

A segurada especial deverá comprovar o exercício de atividade rural nos últimos dez meses imediatamente anteriores à data do parto ou do requerimento antes do parto, mesmo que de modo descontínuo, para obtenção do salário-maternidade.

Havendo parto antecipado, o período de carência da segurada contribuinte individual, especial e facultativa será reduzido proporcionalmente ao respectivo número de contribuições equivalentes ao número de meses em que o parto foi antecipado. O início da referida carência precede a data de início da gravidez da segurada beneficiária.

Para a segurada empregada, trabalhadora avulsa e empregada doméstica não há carência. À segurada desempregada em período de graça também não é exigida a carência.

Não fere o princípio da isonomia a previsão legal acerca da carência do benefício em estudo, em face de estarmos diante de situações distintas. A não previsão de carência para a empregada visa a proteção do emprego, já que, não fosse a empregada dispensada desta carência, os empregadores só contratariam empregadas após o cumprimento da carência para evitar o risco de ter que arcar com este ônus. Para as demais seguras, esta isenção não se justifica, já que as mesmas não vivem de seu salário, mas da renda de seu negócio, e as facultativas necessariamente não precisam nem ter renda. Para as contribuintes individuais exige-se carência de 10 meses. Sob o aspecto pragmático, exige-se apenas um mês, já que o período médio de gestação é de 09 meses e, estando a segurada contribuinte individual inscrita no sistema por um mês quando da gravidez, por ocasião do parto já terá cumprido a carência.(JÚNIOR, 2008, p.284)

Para o autor, a legislação brasileira, no artigo 26 da Lei n. 8.213/91 exclui da carência as seguradas que poderiam ser discriminadas no mercado de trabalho, em decorrência da proteção à maternidade. Essas seguradas são as empregadas tuteladas pela CLT, as empregadas domésticas e as trabalhadoras avulsas.

Comungamos com Andreucci (2005, p.141) que sustenta: “a instituição de carência para algumas seguradas, mas não para outras, ofende ao princípio da igualdade e aos objetivos da ordem social expostos na Constituição, por falta de uma correlação lógica concreta no tratamento desigual”.

4. Renda Mensal do Benefício

De acordo o artigo 248 da CF/88, os benefícios pagos pelo Regime Geral de Previdência Social observarão os limites fixados no artigo 37, XI, da CF/88, ou seja, não podem exceder o subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Por isso, o artigo 94 do Decreto nº 3.048/99 estabelece que o salário-maternidade para a segurada empregada e trabalhadora avulsa consiste numa renda mensal igual à sua remuneração integral, não podendo exceder o subsídio mensal dos Ministros do STF.

Dessa maneira, o valor do salário-maternidade não é limitado ao teto de benefícios estipulado pelo Regime Geral de Previdência Social. Houve tentativa de limitação do salário-maternidade ao teto dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social através da Emenda Constitucional nº 20/98. Essa limitação, entretanto, foi afastada pelo STF através da proposição da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1946.

O STF (ADIN MC n. 1946–DF, Rel. Min. Sydney Sanches, 29/4/1999) entendeu que o valor do benefício salário-maternidade pode ser superior ao teto imposto aos demais benefícios previdenciários. Deve ser aplicável ao salário-maternidade o limite estipulado no artigo 37, inciso XI da CF/88, que trata do subsídio mensal dos Ministros do STF, conforme dispõe o artigo 248 da CF/88. Caso a remuneração integral da segurada empregada ou trabalhadora avulsa seja superior ao subsídio mensal dos Ministros do STF, caberá à empresa o pagamento complementar da diferença, pois o artigo 7º, inciso XVIII da Constituição Federal de 1988 assegura “licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de 120 dias”. Em se tratando de segurada trabalhadora avulsa, o excedente deverá ser pago pela entidade intermediadora, sindicato ou órgão gestor de mão de obra.

O valor do salário-maternidade varia de acordo com a atividade laborativa exercida pela segurada beneficiária. Nesse aspecto, para a segurada empregada ou trabalhadora avulsa o salário-maternidade consistirá numa renda mensal igual à sua remuneração integral. Cabe à empresa efetuar o pagamento do salário-maternidade devido à segurada empregada, efetivando-se a compensação quando do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, conforme se depreende no artigo 72, parágrafo 1º da Lei n. 8.213/91. A empregada deve dar quitação à empresa dos recolhimentos mensais do salário-maternidade na própria folha de pagamento ou por outra forma admitida, de modo que a quitação fique plena e claramente caracterizada, nos termos do artigo 94, parágrafo 3 do Decreto nº 3.048/99.

Na hipótese de adoção ou guarda judicial para fins de adoção, o salário-maternidade adoção será pago diretamente pela previdência social, mesmo que a adotante seja segurada empregada.

Nos ensinamentos de Martins (2008, p. 379) “é acertado, também, o entendimento de que o salário maternidade da adotante deve ser pago pela previdência social (art. 71 da Lei n. 8.212/91), pois se o empregador for fazer o desembolso, provavelmente não irá contratar empregadas adotantes ou mantê-las trabalhando”.

Como bem assevera Tavares (2008, p.164), “a medida veio em boa hora e desonera as empregadas grávidas do desnecessário comparecimento às agências da autarquia para recebimento do benefício”.

O pagamento direto pela empresa representa uma forma de facilitar o gozo do referido benefício, de modo que a empregada não sofra interrupção ou atraso em sua remuneração.

A empresa deve, ainda, conservar durante 10 anos os comprovantes dos pagamentos e os atestados correspondentes para exame pela fiscalização da previdência social.

Havendo empregos concomitantes, a segurada fará jus ao salário-maternidade relativo a cada emprego, pois o artigo 98 do Decreto nº 3.048/99 estatui que o salário-maternidade deverá ser pago de acordo com o valor de cada salário percebido pela segurada. Já nos meses de início e término do salário-maternidade da segurada empregada, o salário-maternidade será proporcional aos dias de afastamento do trabalho.

O salário-maternidade da trabalhadora avulsa será pago diretamente pela previdência social. E a renda mensal do benefício corresponde à remuneração integral, equivalente a um mês de trabalho.

O salário-maternidade da segurada empregada doméstica corresponde ao valor do seu último salário de contribuição, não inferior ao salário mínimo.

Quanto à segurada especial, a renda mensal do salário-maternidade corresponde a 1/12 (um doze avos) do montante sobre o qual incidiu a última contribuição anual, não podendo ser inferior a um salário mínimo.

Para a segurada contribuinte individual ou facultativa, a renda mensal inicial do salário-maternidade é igual a 1/12 (um doze avos) da soma dos 12 (doze) últimos salários de contribuição, apurados em um período não superior a 15 (quinze) meses, não podendo ser inferior a um salário mínimo.

A renda mensal do salário-maternidade da segurada desempregada em período de graça, corresponde a um doze avos da soma dos 12 (doze) últimos salários de contribuição, apurados em período não superior a quinze meses.

Cumprido destacar que em nenhuma hipótese o salário-maternidade poderá ser inferior ao valor do salário mínimo.

Em caso de reajuste salarial durante o decurso do salário-maternidade, o valor do referido benefício deve acompanhar a evolução salarial da respectiva segurada empregada.

5. Incidência de Contribuição Previdenciária

Há incidência das contribuições previdenciárias sobre cada mensalidade do salário-maternidade para qualquer segurada. De acordo com o artigo 28, parágrafo 9º, “a”, da Lei 8.213/91, certas parcelas não integram o salário de contribuição, tais como: benefícios da previdência social (exceto o salário-maternidade), férias indenizadas (simples e dobradas, inclusive o terço constitucional), indenização pela dispensa imotivada, parcela de incentivo à demissão voluntária, vale transporte, ajuda de custo, diárias de viagem não excedentes a 50% da remuneração, participação nos lucros, utilidades sem cunho salarial, etc.

Como se vê, não integram o salário de contribuição os benefícios da previdência social, nos termos e limites legais, salvo o salário-maternidade.

O salário-maternidade compreende o único benefício previdenciário do Regime Geral de Previdência Social sobre o qual incide contribuição previdenciária, seja qual for a espécie de segurada. Há incidência de contribuição social de qualquer segurada sobre os valores pagos a título de salário-maternidade. Tais contribuições devem ser abatidas em cada parcela do salário-maternidade, com base na alíquota da favorecida.

Durante o período de percepção de salário-maternidade é devida a contribuição previdenciária na forma estabelecida pelos artigos 198 e 199 do Decreto nº 3.048/99, ou seja, de acordo com as alíquotas de cada espécie de segurada.

6. Do Retorno à atividade

De acordo com o artigo 11, parágrafo 3º da Lei nº 8.213/91, a aposentada que estiver exercendo ou que voltar a exercer atividade abrangida pelo RGPS é considerada segurada obrigatória em relação a essa atividade, ficando sujeita às contribuições para fins de custeio da Seguridade Social.

Não é admitida a cumulação de benefícios previdenciários apenas nas hipóteses elencadas no artigo 124 da Lei 8.213/91, que assim dispõe:

Salvo no caso de direito adquirido, não é permitido o recebimento conjunto dos seguintes benefícios da Previdência Social:

I – aposentadoria e auxílio doença;

II – mais de uma aposentadoria;

III – aposentadoria e abono de permanência em serviço;

IV – salário maternidade e auxílio doença;

V – mais de um auxílio acidente;

VI – mais de uma pensão deixada por cônjuge ou companheiro, ressalvado o direito de opção pela mais vantajosa.

Parágrafo único. É vedado o recebimento conjunto do seguro desemprego com qualquer benefício de prestação continuada da Previdência Social, exceto pensão por morte ou auxílio acidente.

O artigo 103 do Decreto n. 3.048/99, em desconformidade com a redação do artigo 18, parágrafo 2 da Lei n. 8.213/91 estabelece que a segurada aposentada que retornar à atividade fará jus ao pagamento do salário-maternidade.

Nesse enleio, é possível acumular o salário-maternidade com aposentadoria, pois o artigo 124, IV, da Lei 8.213/91 impede a acumulação do salário-maternidade apenas com o auxílio-doença. Assim, em caso de incapacidade concomitante com o período de salário-maternidade, o auxílio-doença deverá ser suspenso enquanto perdurar o pagamento do salário-maternidade ou a data de início do auxílio-doença deverá ser adiada para o primeiro dia após o período de salário-maternidade.

Apesar do artigo 18, parágrafo 2 da Lei nº 8.213/91 estabelecer que o aposentado somente fará jus ao salário-família e à reabilitação profissional, contrariando o disposto no artigo 124, IV da Lei nº 8.213/91, cumpre asseverar que no conflito entre diplomas normativos, deve-se invocar a regra que melhor atenda à função teleológica e social do direito previdenciário brasileiro. As normas do sistema de proteção social devem ser baseadas sempre na idéia de proteção ao menos favorecido. O princípio da norma mais favorável (também compreendido na expressão *in dubio pro operario*) que tem como pressuposto uma única norma, suscetível de diferentes interpretações e onde a dúvida deve ser esclarecida em favor do menos favorecido também merece aplicação no Direito Previdenciário brasileiro.

Desse modo, não há proibição legal de recebimento conjunto de salário-maternidade e aposentadoria. Admite-se, assim, a acumulação de aposentadoria por tempo de contribuição, especial, ou por idade com o salário-maternidade.

No que tange à aposentadoria por invalidez, não há vedação legal de cumulação da aposentadoria por invalidez com o salário-maternidade (art. 124 da Lei n. 8.213/91). Entretanto, o artigo 102, parágrafo único do Decreto 3.048/99 estipula que o salário-maternidade não poderá ser acumulado com o benefício por incapacidade. Quando ocorrer incapacidade em concomitância com o período de pagamento do salário-maternidade, o benefício por incapacidade, conforme o caso, deverá ser suspenso enquanto perdurar o referido pagamento, ou terá a sua data adiada para o primeiro dia seguinte ao término do salário-maternidade.

O artigo 124 da Lei n° 8.213/91 não veda a cumulação do salário-família com o salário-maternidade. Durante o gozo do salário-maternidade também poderá ser pago o salário-família, quando este preencher todos os requisitos legais consubstanciados nos artigos. 65 a 70 da Lei 8.213/91. Conseqüentemente, a concessão do salário-maternidade não impede o recebimento simultâneo do salário-família.

Também não há vedação legal de cumulação do salário-maternidade com auxílio-acidente. O artigo 86, parágrafo 3°, da Lei n. 8.213/91 restringe o recebimento do auxílio-acidente apenas com a aposentadoria.

7. O salário-maternidade no período de graça

O período de graça consiste na manutenção da qualidade de segurado, de acordo com os prazos previstos no artigo 15 da Lei n° 8.213/91. O indivíduo continua filiado ao Regime Geral de Previdência Social, independentemente de contribuições, por estar amparado pelo chamado período de graça.

Recentemente, o Decreto n° 6.122/2007, publicado no DOU de 14.6.2007, alterou o Regulamento da Previdência Social, acrescentando-lhe o parágrafo único ao artigo 97 e modificando a redação do inciso III do seu artigo 101. De acordo com o artigo 97, parágrafo único do Decreto 3.048/99, que sofreu nova redação pelo Decreto n° 6.122/2007, é devido o salário-maternidade quando a segurada engravidar durante o período de graça. O período de graça é estendido a todos os segurados, nas situações geradas por incapacidade temporária ou total para o exercício do trabalho, bem como nas situações de desemprego.

O artigo 97 passou a ter a seguinte redação:

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

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

Como se vê, o Decreto n. 6.122/07, de 13 de junho de 2007, que deu nova redação aos artigos 97 e 101 do Decreto n. 3.048/99 estendeu o salário-maternidade a todas as seguradas que não estejam efetivamente trabalhando, mas que ainda se enquadram no período de graça. Antes da edição do Decreto n. 6.122/07, o INSS somente efetuava o pagamento do salário-maternidade para a segurada empregada durante a constância da relação de emprego.

Durante o período de graça, a segurada desempregada faz jus ao recebimento do salário-maternidade cujo pagamento deve ser efetuado diretamente pelo INSS, nos seguintes casos: a) desligamento antes do início da gravidez; b) dispensa por justa causa ou a pedido (art. 97, parágrafo único, do Decreto nº 3.048/99, acrescentado pelo Decreto n. 6.122/2007); bem como qualquer outra hipótese de cessação da relação de emprego durante a gravidez.

Nesse sentido, o salário-maternidade será devido a todas as seguradas desempregadas, desde que mantida a qualidade de segurada das mesmas e desde que o nascimento da criança, inclusive em caso de natimorto ou a guarda judicial para fins de adoção ou a adoção ou aborto não criminoso tenha ocorrido dentro do período de graça.

8. A maternidade substitutiva

A maternidade substitutiva, também conhecida como barriga de aluguel ou útero de aluguel, acontece quando uma mulher empresta o seu útero, com o intuito de assegurar a gestação para outra mulher, quando o útero materno desta não é capaz de permitir o desenvolvimento normal do nascituro.

A mãe substitutiva, em cujo útero haverá o desenvolvimento do feto até o parto é também conhecida como mãe gestacional. Já a solicitante é denominada de mãe genética ou doadora do óvulo, responsável por acolher a criança como filha após o parto.

Como bem assevera Leite (1995, p.573) , a mãe portadora compreende “a mulher fértil que apenas empresta o seu útero, e nele reimplanta-se um ou vários embriões obtidos através da fertilização *in vitro*, que contém os óvulos e os espermatozoides do casal solicitante”.

Apesar da legislação previdenciária e trabalhista serem omissas quanto à maternidade substitutiva, tanto a mãe hospedeira como a mãe genética devem receber o salário-maternidade e a licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias. Levando em consideração que a adoção ou a guarda para fins de adoção acarretam o direito ao salário-maternidade, deve-se, por interpretação analógica estender tal direito fundamental à mãe solicitante, à qual será entregue a criança após o parto. As palavras contidas nos objetivos e nos fundamentos da Constituição Federal de 1988 devem ser interpretadas para atender aos princípios fundamentais que norteiam uma existência digna para o ser humano na sociedade.

É para o bem-estar e para o respeito ao ser humano que o sistema previdenciário brasileiro deve se direcionar. É para garantir seu estado de bem viver, com o respaldo moral de poder assegurar a si e a sua família o sustento, a saúde, e o progresso material e espiritual contínuo e crescente, que deve voltar-se esse sistema. Isso é sinônimo de justiça social.

Canaris,(apud Freitas, 1998, p.53) esclarece que “só a ordenação sistemática permite entender a norma questionada não apenas como fenômeno isolado, mas como parte de um todo”. E adverte que, “cada preceito normativo deve ser visto como uma parte viva do todo, eis que é do exame em conjunto que pode resultar melhor resolvido qualquer caso em apreço, desde que se busque descobrir qual é, na respectiva situação, o interesse mais fundamental”.

Se a concessão do salário-maternidade para a mãe biológica não impede a concessão de igual benefício em caso de adoção ou guarda para fins de adoção de criança com idade não superior a 8 (oito) anos, nos termos do artigo 93-A, parágrafo 1º, do Decreto nº 3.048/99, idêntico tratamento jurídico deve ser estabelecido para a maternidade substitutiva.

Consoante nos ensina Martinez(2007,p.61), “a segurada que acolhe em seu útero o embrião de algum casal e o gesta, durante a gravidez, tem direito ao salário-maternidade, ainda que não seja a mãe da criança”.

Apesar da matéria ainda não receber tratamento jurídico adequado, ambas as seguradas devem receber a proteção social na seara previdenciária.

Referências

- ANDREUCCI, Ana Claudia Torezan. *Salário maternidade à mãe adotiva no direito previdenciário brasileiro*. São Paulo: LTr, 2005.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2009.
- FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- JÚNIOR, Miguel Horvath. *Direito Previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e Aumento de Família: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Previdência Social para Principiantes: cartilha*. São Paulo: LTr, 2007.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. São Paulo: Atlas, 2008.
- TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.