



## Reflexos da Lei nº 11.770/08 sobre o salário-maternidade das seguradas do Regime Geral da Previdência Social – RGPS à luz do postulado fundamental da isonomia

**Ricardo Alessandro Kern**

Juiz Federal Substituto, Especialista em Processo pela Unisul e em Direito Ambiental e Urbanístico pela Uniderp

publicado em 27.06.2014

[✉ \[enviar este artigo\]](#) [🖨 \[imprimir\]](#)

### Resumo

O salário-maternidade é benefício previdenciário direcionado à proteção da maternidade, momento em que há total preocupação com os cuidados com o bebê e com a gestante. O período de fruição desse benefício previdenciário é, por força da Constituição, de 120 dias. A nova Lei nº 11.770/08 trouxe à baila a possibilidade de extensão desse imprescindível direito à empregada segurada de pessoa jurídica (tributada pelo lucro real) da Previdência Social por mais 60 dias, permitindo, assim, um período mínimo de 180 dias ou 06 meses para o cuidado do bebê diretamente pela mãe. Tal interregno, segundo a medicina, corresponde ao período mínimo de aleitamento materno. Resta-nos indagar se a limitação subjetiva à fruição desse novo direito legal justifica-se sob o pálio da Constituição.

**Palavras-chave:** Salário-maternidade. Direito à extensão por força da Lei nº 11.770/08 à totalidade das seguradas do Regime Geral de Previdência Social. Princípio da isonomia.

**Sumário:** Introdução. 1 Princípios constitucionais da Previdência Social. 2 O benefício de salário-maternidade. 3 O direito à prorrogação do salário-maternidade segundo os parâmetros da Lei nº 11.770/08. 4 Leitura do novel diploma legislativo à luz da Constituição. Conclusões. Referências bibliográficas.

### Introdução

A Lei nº 11.770/08 instituiu o Programa Empresa Cidadã, destinado a prorrogar por 60 (sessenta) dias a duração da licença-maternidade prevista no inciso XVII do *caput* do artigo 7º da Constituição Federal.

Nesse tocante, trouxe a lei uma limitação subjetiva às destinatárias desse novo direito, resultando em discriminação que deve ser vista com vagar sob o prisma da sua validade constitucional, em especial com enfoque nos princípios da igualdade e da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços entre as populações urbanas e rurais, ambos com previsão normativa na Constituição Federal.

A esse propósito, direcionar-se-á uma análise do direito posto, com foco a buscar estabelecer a legitimidade, ou não, do raciocínio que vislumbra a extensão desse novel direito à totalidade das seguradas do Regime Geral da Previdência Social – RGPS.

### 1 Princípios constitucionais da Previdência Social

A Constituição Federal ocupa-se, em seu artigo 194, parágrafo único, de estabelecer princípios regentes do sistema de Seguridade Social, do qual a Previdência Social é espécie, notadamente aqueles que buscam estabelecer a

universalidade da cobertura e do atendimento (inciso I), **a uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais (inciso II)**, a seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços (inciso III), a irredutibilidade do valor dos benefícios (inciso IV), a equidade na forma de participação no custeio (inciso V), a diversidade da base de financiamento (inciso VI) e, derradeiramente, o caráter democrático e a descentralização da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados (inciso VII).

Já o artigo 195 da Carta da República veicula, em seu *caput*, o princípio da solidariedade do financiamento da Seguridade Social, ao passo que o § 5º do referido dispositivo constitucional assenta o princípio da correlação entre custeio e benefício, vale dizer, a criação, majoração ou extensão de benefício ou serviço da seguridade social necessita da correspondente fonte de custeio total.

No que toca à interpretação da Lei nº 11.770/08, sobreleva adiantar a importância que desponta a necessidade de preservação da uniformidade e da equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais (art. 194, parágrafo único, inciso II). Tal princípio securitário é, sem dúvida, um desdobramento do princípio da isonomia ou da igualdade previsto no artigo 5º, *caput* e inciso I.

A este ponto, a leitura que se faz dos retrocitados dispositivos constitucionais obsta a que o legislador infraconstitucional crie situações de não uniformidade ou equivalência entre a população urbana e a rural e, evidentemente, entre a população de idêntica categoria.

Em tópico adiante, com maior vagar, procurar-se-á desvelar a parcial desconformidade constitucional da Lei nº 11.770/08, por não haver circunstâncias fáticas que justifiquem o estabelecimento das diferenças veiculadas em tal diploma legislativo, no que toca à limitação das seguradas beneficiadas com o direito à prorrogação da licença-maternidade.

## **2 O benefício de salário-maternidade e o projeto de lei embrionário da Lei nº 11.770/08**

Previsto no inciso XVIII do *caput* do artigo 7º da Constituição Federal, o benefício de salário-maternidade tem duração de cento e vinte dias, oportunizando-se à gestante a sua fruição sem prejuízo do emprego e do salário. No presente ensaio, as denominações licença à gestante, licença-maternidade (período de 120 de afastamento da empregada) e salário-maternidade serão utilizadas de modo indistinto, embora a Lei nº 8.213/91 utilize a expressão salário-maternidade.

A respeito da natureza jurídica do salário-maternidade, oportuno reportar ao escólio de Sérgio Pinto Martins:

“A natureza jurídica do salário-maternidade é de benefício previdenciário, pois é a previdência social que faz o seu pagamento (art. 71 da Lei nº 8213). Não se trata de uma prestação de assistência social, por não ser prevista no art. 203 da Constituição, mas de prestação previdenciária incluída no inciso II do art. 201 e no inciso XVIII do art. 7º da Constituição. O pagamento feito a título de licença-gestante não representa salário, em razão de que é feito pelo INSS, e não pelo empregador. O art. 72 da Lei nº 8.213/91 faz referência a que o salário-maternidade é uma renda mensal igual à remuneração integral da segurada empregada e da trabalhadora avulsa. Entretanto, não quer dizer que o salário-maternidade tem natureza de remuneração, mas que o valor do benefício a ser pago é igual ao da remuneração da empregada, porém continua a ser um benefício previdenciário.”(1)

Assim sendo, o salário-maternidade é benefício previdenciário (art. 71 da Lei nº 8.213/91) alçado à condição de direito fundamental com o intuito de assegurar a dignidade da pessoa humana tanto da mãe quanto do gestado/adotado, em período tão delicado da vida da mulher e do(a) filho(a), diante dos inúmeros cuidados exigidos para a proteção da saúde do novo ser humano.

Diante disso, o Projeto de Lei do Senado de nº 281/2005 (posteriormente recebendo a numeração de PL nº 2.513/2007 na Câmara dos Deputados) gerou a Lei nº 11.770/08, criando-se o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal.

Em sua manifestação temática, a Comissão de Seguridade Social e Família pronunciou-se nos termos do voto da Relatora, Deputada Rita Camata, em 22.04.2008, ressaltando a importância da proteção à maternidade, nos seguintes termos:

“Vinte anos depois de promulgada a Constituição, comprovou-se o contrário, essa barreira foi ultrapassada, e as mulheres têm conquistado ano a ano mais espaço no mercado de trabalho. Podemos agora dar mais um passo importante na consolidação de um direito fundamental, que não é para a mãe especificamente, mas é fundamental para o bebê nos primeiros meses de vida. O objetivo da proposta que ora avaliamos é proporcionar condições tanto para o aleitamento materno quanto para o estreitamento do contato entre a mãe e o recém-nascido. **De acordo com a Sociedade Brasileira de Pediatria, idealizadora do projeto, são nos primeiros seis meses a partir do nascimento que se pode estimular fatores determinantes no desenvolvimento físico, emocional e intelectual da criança.**

Nesse sentido vem a indicação do Ministério da Saúde de que o recém-nascido deve alimentar-se exclusivamente de leite materno até os seis meses de vida. Tal recomendação tem amparo em descobertas mais recentes da neurociência, revelando que o cérebro cresce de forma mais intensa nos três últimos meses de gestação e nos seis seguintes.

Hoje, com a licença-maternidade de 120 dias, é comum vermos as mulheres gestantes não utilizarem suas férias anuais para só usufruir delas após o término da licença. Isso para evitar a introdução de outros alimentos na dieta dos bebês, porque, com os 120 dias, já aos 3 meses é necessária uma adaptação para o retorno à rotina profissional. Ao acrescentar o período de férias à licença-maternidade, as mães podem manter a exclusividade da amamentação por mais tempo. Além da questão nutricional, há também outras necessidades do recém-nascido que merecem especial atenção nesse primeiro semestre da vida, como vínculo afetivo, segurança, saúde, vacinação, etc., as quais poderão ser supridas de forma adequada com a presença materna.”(2)

Deveras, conforme acentuado pela congressista, a importância da licença-maternidade para a mulher gestante e para o bebê vai além do aspecto nutricional (fundamental, diga-se de passagem), englobando, também, o indispensável aspecto emocional, vale dizer, permitindo a formação do vínculo afetivo entre mãe e recém-nascido por um período maior de tempo.

A este ponto, releva descortinar o indiscutível mérito da Lei nº 11.770/08, pois permitiu a ampliação de um direito às mulheres gestantes/adotantes empregadas (de pessoas jurídicas tributadas pelo lucro real) e servidoras públicas, alçando-lhes um maior tempo de convívio com o bebê para além dos 120 dias garantidos pela Constituição, o que representa, indiscutivelmente, um avanço social.

### **3 O direito à prorrogação do salário-maternidade segundo os parâmetros da Lei nº 11.770/08**

Da leitura do diploma legislativo em discussão, verifica-se claramente que a prorrogação da licença-maternidade prevista no inciso XVIII do *caput* do artigo 7º da Constituição Federal foi restringida à empregada de pessoa jurídica que aderir ao Programa Empresa Cidadã, condicionando-se a fruição do benefício a um requisito temporal (requerimento até o final do primeiro mês após o parto) e, ainda, concedendo-se a prorrogação imediatamente após o 120º dia de salário-maternidade. A lei assegurou a prorrogação, também, à empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança.

Ademais, franqueou-se à Administração Pública (direta ou indireta) a instituição de programa de prorrogação da licença-maternidade para suas servidoras. Conquanto a lei autorize a instituição desse direito pela Administração Pública, a

jurisprudência do TRF4 vem entendendo, com acerto, que não há margem de discricionariedade do Administrador para instituir, ou não, o programa de prorrogação da licença-maternidade, conforme arestos cujas ementas colacionam-se a seguir:

“EMENTA: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICENÇA-MATERNIDADE. PRORROGAÇÃO POR SESSENTA DIAS. LEI Nº 11.770/08. 1. A Lei nº 11.770/2008 instituiu o Programa Empresa Cidadã, destinado a prorrogar por 60 dias a duração da licença-maternidade. A instituição desse benefício às servidoras públicas é prevista no artigo 2º, ‘nos termos do artigo 1º’. 2. O artigo 2º, apesar de utilizar o verbo ‘autorizar’, deve ser entendido, no caso de servidora pública federal estatutária, como norma apta a produzir seus efeitos de imediato, uma vez que, manifestado o requerimento da servidora até o final do primeiro mês após o parto, estão presentes todos os elementos do suporte fático abstrato da norma jurídica instituidora do benefício.” (TRF4, REOAC 2008.72.00.012435-1, Terceira Turma, Relator Roger Raupp Rios, D.E. 08.07.2009)

“EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORA PÚBLICA. DIREITO DE TER PRORROGADA SUA LICENÇA-MATERNIDADE. LEI Nº 11.770/2008. 1. A Lei nº 11.770/2008 criou o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade de 120 para 180 dias, e estendeu a ampliação do benefício às servidoras vinculadas à Administração Pública direta, indireta e fundacional. 2. Diante das determinações do texto legal e da necessária compreensão teleológica da norma, urge entender que não resta ao administrador margem de discricionariedade para optar por instituir ou não a prorrogação do benefício de acordo com critérios de conveniência e oportunidade.” (TRF4, APELREEX 2008.72.00.013643-2, Quarta Turma, Relatora Marga Inge Barth Tessler, D.E. 20.07.2009)(3)

Voltando o foco para as seguradas vinculadas ao Regime Geral de Previdência Social, verifica-se que a Lei nº 11.770/08 assegura, em seu artigo 3º, o direito à remuneração integral, nos mesmos moldes devidos no período de percepção do salário-maternidade (direito igualmente aplicável às seguradas estatutárias da Administração direta e/ou indireta). Ressalve-se, no entanto, que, no período de prorrogação da licença-maternidade, a empregada gestante não poderá exercer qualquer atividade remunerada e a criança não poderá ser mantida em creche ou organização similar, sob pena de impor-se a perda do direito, o que corrobora o intuito da lei em promover o estreitamento do laço afetivo entre a mãe e o bebê.

No que toca à possibilidade de dedução do total da remuneração integral da empregada, o artigo 5º da Lei nº 11.770/08 a permitiu, limitando-a àqueles empregadores pessoas jurídicas tributados com base no lucro real (grandes empresas, de ordinário), desde que limitada ao respectivo período de apuração do imposto (de renda), vedada a dedução como despesa operacional, sob pena de evidente ofensa ao princípio *ne bis idem*. Neste ponto, sobreleva destacar o veto havido ao parágrafo único do artigo 5º da Lei nº 11.770/08 (Mensagem Presidencial nº 679, de 09 de setembro de 2008), cujo teor era o seguinte:

“Art. 5º (...)

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se às pessoas jurídicas enquadradas no regime do lucro presumido e às optantes pelo Sistema Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples.”

É certo que o Ministério da Fazenda manifestou-se pelo veto por razões estritamente burocráticas, vale dizer, no que toca às empresas enquadradas no regime do lucro presumido, o motivo para o veto foi a inexistência de registros contábeis precisos por tais empresas, via de regra, além de “dificultar a fiscalização por parte da Receita Federal do Brasil”. Já no tangente às empresas optantes pelo Simples, a razão do veto não destoava do anteriormente ventilado, vale dizer, segundo o Ministério da Fazenda, o dispositivo vetado criaria “sério complicador para segregar a parcela relativa ao imposto de renda, para dele subtrair o salário pago no período de ampliação da licença”.

Contudo, tais motivos, incorporados pelo Presidente da República em sua

mensagem de veto, não merecem chancela, pois evidenciam aspectos meramente acidentais, que dizem respeito, conforme revelado, ora à suposta inexistência de registros contábeis precisos por empresas tributadas pelo lucro presumido, ora à dificuldade da fiscalização decorrente do regime de tributação adotado. Portanto, não merecem trânsito os motivos eleitos para o veto do parágrafo único do artigo 5º da Lei nº 11.770/08. Sem embargo, nos limites da cognição do controle de constitucionalidade, entre nós, desinteressa a ausência de plausibilidade jurídica das razões determinantes do veto.

De outro lado, não se vislumbram críticas plausíveis ao veto do artigo 6º da Lei nº 11.770/08, na medida em que o salário-maternidade (120 dias) é considerado como salário de contribuição por força da Lei nº 8.212/91, não havendo, assim, justificativa para quebrar-se essa lógica em relação à prorrogação da licença-maternidade por 60 dias. Destaca-se, nesse trilhar, o seguinte excerto das razões de veto:

"(...) Dessa forma, se, nos 120 dias de licença gestante, quando é devido à segurada o salário-maternidade, há a incidência de contribuição previdenciária, seria contraditório a não incidência dessa contribuição sobre os valores referentes à prorrogação da licença, que tem as mesmas características do salário-maternidade devido nos primeiros 120 dias de licença. (...)"

Empreendida a análise do texto legal (inclusive dos vetos apresentados), em capítulo seguinte, abordar-se-á a restrição subjetiva imposta pela lei sob o enfoque constitucional, sobretudo tomando-se em consideração que apenas seguradas de grandes empresas (cujo imposto de renda é tributado a partir do lucro real) e servidoras públicas foram beneficiadas pelo novel avanço jurídico.

#### **4 Leitura do novel diploma legislativo à luz da Constituição**

Diz a lei, em seu artigo 1º, que a prorrogação é garantida apenas à empregada de pessoa jurídica que aderir ao programa, excluindo-se, assim, as demais seguradas que não sejam empregadas, ou cujos empregadores sejam pessoas físicas. Vislumbra-se, aí, uma restrição subjetiva que não se coaduna com uma plausível justificativa, ao revés, importa em brutal ausência de uniformidade e equivalência dos benefícios da Seguridade Social.

Poder-se-ia aduzir que o artigo 1º da Lei nº 11.770/08 não restringe outras empresas, que não tributadas pelo lucro real, de aderir ao programa de prorrogação de licença-maternidade. Nada obstante, houve, inegavelmente, uma restrição à dedutibilidade fiscal, o que torna desinteressante a adesão ao programa em tela a outras empresas não tributadas pelo lucro real.

Neste momento, cumpre responder às questões nodais para o deslinde da problemática em estudo: houve ofensa irremediável ao princípio da isonomia ou da igualdade reforçado no mandamento constitucional que proíbe o tratamento não uniforme ou não equivalente entre as populações urbanas e rurais? Tal ofensa autoriza, por extensão, o direito à prorrogação à totalidade das seguradas da Previdência Social? A resposta às duas indagações, crê-se, é positiva, conforme restará corroborado a seguir.

Sem dúvida, o princípio da isonomia somente pode ser invocado com validade para obstar discriminações que se revelem desarrazoadas. Já a definição desse limiar da razoabilidade impõe a retomada da clássica lição aristotélica segundo a qual igualdade constitui tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente. Em outras palavras, não restará atendido o princípio da igualdade quando se tratarem igualmente os desiguais ou desigualmente os iguais.

Pontuando com exatidão o conteúdo do princípio da isonomia, Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta que a definição do indigitado princípio não constitui tarefa simples, pois, em suas palavras,

"(...) para desate do problema é insuficiente recorrer à notória afirmação de Aristóteles, assaz de vezes repetida, segundo cujos termos a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Sem contestar a inteira procedência do que nela se contém e reconhecendo, muito ao de

ministro, sua validade como ponto de partida, deve-se negar-lhe caráter de termo de chegada, pois entre um e outro extremo serpeia um fosso de incertezas cavado sobre a intuitiva pergunta que aflora ao espírito: quem são os iguais e quem são os desiguais? A dizer: o que permite radicalizar alguns sob a rubrica de iguais e outros sob a rubrica de desiguais? Em suma: qual o critério legitimamente manipulável – sem agravos à isonomia – que autoriza distinguir pessoas e situações em grupos apartados para fins de tratamentos jurídicos diversos? Afinal, que espécie de igualdade veda e que tipo de desigualdade faculta a discriminação de situações e de pessoas, sem quebra e agressão aos objetivos transfundidos no princípio constitucional da isonomia?”(4)

A par dessa lição, decerto que não se vislumbra qualquer desigualdade plausível entre as seguradas do Regime Geral de Previdência Social – RGPS, sobretudo porque a Constituição de 1988 não autoriza tratamento não uniforme ou não equivalente entre as diferentes populações urbanas e rurais, sob a perspectiva da Seguridade Social.

O professor e jurista português José Joaquim Gomes Canotilho, em sua obra **Direito Constitucional** – 3ª edição, leciona que há uma conexão bastante estreita entre o princípio da igualdade e a concretização do princípio da democracia econômica e social, pontuando que não se pode interpretar o princípio da igualdade como um princípio estático, ou seja, divorciado da ideia de eliminação das desigualdades, premissa essa extraída do seguinte excerto de sua obra precitada:

“Das considerações anteriormente desenvolvidas quanto à concretização do princípio da democracia econômica e social, deduz-se que entre esse princípio e o princípio da igualdade há uma conexão bastante estreita. A democracia econômica e social abrange as duas dimensões da tríade clássica: *liberté* e *égalité*. Em face da Constituição, não se pode interpretar o **princípio da igualdade** como um ‘princípio estático’ indiferente à eliminação das desigualdades e o princípio da democracia econômica como um ‘princípio dinâmico’, impositivo de uma igualdade material. Isso poderia significar, de novo, quer a relativização do princípio da igualdade, quer a relativização do princípio da democracia social. Aquele interpretar-se-ia no sentido de igualdade formal perante a lei, esquecendo a dimensão da ‘dignidade social’ (cfr. Art. 13º).”(5)

E complementa J. J. Gomes Canotilho afirmando que o princípio da igualdade é, “simultaneamente, um princípio de igualdade de Estado de direito (*rechtsstaatliche Chancengleichheit*) e um princípio de igualdade de democracia econômica e social (*sozialstaatliche Chancengleichheit*)”,(6) podendo-se extrair dessa passagem a relevância de uma interpretação construtiva e progressiva na concretização dos direitos fundamentais, com foco a excluir discrepâncias na aplicação da lei entre os indivíduos.

Nesse fluxo de ideias, emerge evidente que a ampliação do benefício previdenciário de salário-maternidade não foi alcançada de modo uniforme e equivalente à totalidade das seguradas do Regime Geral de Previdência Social, competindo ao Poder Judiciário suprir a grave anomalia constitucional estampada pela frontal violação ao princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, c.c inciso I, c.c art. 194, parágrafo único, inciso II, da Constituição Federal de 1988).

Houve, é certo, a exclusão das seguradas menos favorecidas, o que torna a discriminação inaceitável, anômala e atentatória ao postulado fundamental da razoabilidade (limitador material do âmbito de atuação do legislador subconstitucional), justamente por beneficiar, de regra, seguradas com maior poder aquisitivo, prejudicando-se o objetivo fundamental da República Federal do Brasil de reduzir as desigualdades sociais.

A partir deste ponto, para melhor deslindar essa tese, imperioso realizar digressão em prol da análise da importância do aleitamento materno para a saúde do lactente (e da mãe), ao menos, nos seis primeiros meses de vida do recém-nascido, justamente o período correspondente à soma do lapso de 120 dias assegurado constitucionalmente com os 60 dias decorrentes da prorrogação legal.

Ora, é assente em relação aos especialistas em nutrição e medicina que a melhor forma de proteger a saúde e a vida do recém-nascido contra doenças (diarreias, infecções respiratórias e alergias) é por meio do aleitamento materno, exclusivo até 180 dias, consoante recomendação da OMS. A respeito do tema, Newton José de Oliveira Dantas reconhece o avanço da política pública de aleitamento materno no Brasil, contudo, assevera que a taxa (média) de aleitamento exclusivamente materno entre nós, brasileiros, é baixa, vale dizer, apenas 23 dias comparativamente aos 180 dias preconizados pela OMS:

“Conforme recomendada pela OMS, em alguns países, a taxa de prevalência de aleitamento materno, exclusivo até o sexto mês, está em ascensão no Brasil, embora a taxa de duração mediana de aleitamento materno exclusivo seja extremamente baixa, apenas vinte e três dias contra 180 dias recomendados pela OMS. Estudos científicos mostram a importância do aleitamento materno para a saúde da mãe e da criança. Estima-se que a vida de seis milhões de crianças, a cada ano, poderia ser salva se adotadas as recomendações da OMS/Unicef no sentido de manter-se o aleitamento materno exclusivo até os seis meses de idade e complementado até dois anos ou mais. O processo, segundo a área médica, é de fácil percepção, já que a amamentação natural previne diarreias e infecções respiratórias agudas.”(7)

Certamente, tal política pública de estímulo ao aleitamento materno será prejudicada em relação às seguradas não abrangidas pela prorrogação legal do salário-maternidade (as mais pobres, conseqüentemente), pois é razoável deduzir que mães que regressem às suas atividades laborativas habituais no 121º dia deixem de possuir as condições ideais para que o leite materno seja produzido (especialmente o repouso), comparativamente às seguradas beneficiadas com a prorrogação legal do salário-maternidade. Lamentavelmente, tal situação amplia a necessidade da utilização de substitutos do leite materno, com todas as conseqüências negativas de tal substituição.

Impõe-se destacar, por igual, a existência de estudos que apontam o aumento do risco à saúde (e à vida) de crianças desprovidas do aleitamento materno em municípios do Estado de São Paulo, senão vejamos:

“Estudo citado em pesquisa científica desenvolvida pelo Instituto de Saúde da Secretaria de Estado de Saúde de São Paulo, por meio do Departamento de Nutrição da Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, intitulado **Frequência e determinantes do aleitamento materno em municípios do Estado de São Paulo**, apontou que as crianças que não recebiam leite materno tinham riscos 14,2 vezes maiores de morrer por diarreia, 3,6 vezes maiores de mortalidade por doenças respiratórias e 2,5 vezes maiores por outros tipos de infecções, comparadas àquelas que recebiam aleitamento materno exclusivo.”(8)

Além disso, segundo o precitado autor (DANTAS: 2007, p. 9), “Pesquisas, no Peru e nas Filipinas, mostraram que a prevalência de diarreia dobrava quando água ou chá eram oferecidos às crianças menores de seis meses, quando comparadas àquelas que apenas recebiam o leite materno”.

Em função dessa situação, a realidade social brasileira afasta significativa parcela da população das condições socioeconômicas necessárias para o fornecimento do aleitamento materno exclusivo, sem mensurar que a pobreza não permite sequer o acesso à rede de água e esgoto canalizados, colocando-se em xeque a qualidade da água que é misturada aos substitutos do leite materno. É claro que a extensão do direito à prorrogação legal do salário-maternidade à totalidade das seguradas da Previdência Social não reverterá essa triste realidade, porém, contribuirá para minorar a precariedade do quadro social.

Nessa direção, vale mencionar, novamente, passagem da obra de Newton José de Oliveira Dantas, sobre a delicada situação das mães pobres e os riscos sanitários para os lactentes:

“Esses dados, considerando-se as condições socioeconômicas brasileiras, ganham maior importância. Basta, para tanto, observar que a pobreza não permite que as pessoas tenham acesso à rede de água e esgoto canalizados, bem como à água potável. É justamente com a água contaminada que as mães

pobres lavam as mamadeiras e preparam as fórmulas infantis para alimentarem os seus filhos, que, sem sistema imunológico adequado diante do desmame materno precoce, contraem infecções, desenvolvem diarreias crônicas, seguidas de desidratação, e chegam a óbito.”(9)

Ainda sob o prisma da benesse do aleitamento materno, reiterem-se os riscos da alimentação substitutiva ao leite humano (notadamente o aumento da desnutrição infantil) e o que se denominou de “síndrome do bebê de madeira”, *in verbis*:

“A importância do aleitamento materno começou a ser discutida há, aproximadamente, 32 anos, quando se notou a queda dos seus índices e o aumento da mortalidade infantil com círculo vicioso de diarreia, desidratação e desnutrição, mormente nos casos de alimentação com mamadeira em condições inadequadas.”(10)

Isso posto, reconhecendo-se que a infância impõe cuidado e assistência especiais (Preâmbulo da Convenção sobre os Direitos da Criança, promulgada pelo Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990), verifica-se que o texto constitucional positiva a doutrina da proteção integral à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, assegurando-lhes o direito à vida, à saúde, à alimentação, entre outros, colocando-os a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, senão vejamos:

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à **criança**, ao adolescente e ao jovem, **com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação**, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, **discriminação**, exploração, violência, crueldade e opressão.” (Redação da EC 65/10) (destaquei)

A essência da doutrina da proteção integral estabelece um *plus* de concretização dos direitos da criança, do adolescente e do jovem, seja por intermédio de políticas públicas, seja pelo reconhecimento da prioridade dos direitos (inclusive os fundamentais) dessas pessoas em desenvolvimento frente aos direitos e interesses dos adultos, conforme professa Newton José de Oliveira Dantas:

“Resume-se, pois, a **proteção integral** na doutrina que afirma a criança e o adolescente como pessoas em desenvolvimento, sujeitas à vulnerabilidade, razão pela qual devem ser-lhes proporcionadas, com absoluta prioridade, todas as facilidades e oportunidades para a sua plena formação, garantindo-lhes, inclusive, os direitos fundamentais e promovendo a proteção igualitária, agindo sempre de forma preventiva e deixando o Sistema de Justiça (terciário: medidas socioeducativas) para aplicação em casos excepcionais.”(11)

Vencida a questão da irrazoabilidade da discriminação legal, estabelecida a importância do aleitamento materno pelo período mínimo de 180 dias e da proteção maximizada dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, cumpre avançar o estudo e analisar o princípio insculpido no artigo 195, parágrafo quinto, da Constituição. A esse propósito, sobreleva consignar que a lei ampliou, de fato, um benefício de cunho previdenciário, optando-se pela criação de um mecanismo de renúncia fiscal, em vez de criar-se uma nova fonte de custeio. Tal postura governamental e legislativa deve ser interpretada como tradutora da plena existência de fonte de custeio total, dispensando-se, assim, para a extensão da novel conquista social à totalidade das seguradas do RGPS, a criação ou majoração de tributos. Some-se a isso o fato de a ampliação do direito à prorrogação à totalidade das seguradas ser de baixo impacto às contas da Previdência Social, visto que tal prorrogação deu-se por apenas 60 dias em um benefício que já era de duração transitória (relembre-se que os motivos elencados na mensagem de veto nº 679/08 não trilharam qualquer óbice de cunho orçamentário e/ou econômico).

Em outras palavras, havendo a ampliação de benefício previdenciário a determinada classe de seguradas da Previdência Social (evidentemente mais bem remuneradas, com maior impacto orçamentário, portanto), sem a criação de nova fonte de custeio total (ao revés, houve renúncia fiscal), há de se ampliar o espectro subjetivo das seguradas contempladas com o direito à prorrogação da

licença-maternidade por força da Lei nº 11.770/08, vale dizer, à totalidade destas, presumindo-se a higidez do equilíbrio fiscal e atuarial da Previdência Social, dada a patente violação ao princípio da isonomia, materializado, no âmbito do RGPS, no princípio da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais (art. 194, parágrafo único, inciso II, da Constituição).

Por derradeiro, pinça-se que a manutenção do *status quo* importará, além da perpetuação da malfadada ofensa ao princípio da isonomia, patente ofensa a um dos objetivos fundamentais da República Federal do Brasil, qual seja, o de reduzir as desigualdades sociais (art. 3º, inciso III, da Carta da República de 1988), desprestigiando-se as seguradas da Previdência Social, em regra, remuneradas em patamares inferiores.

## Conclusões

Em razão do exposto, apresentam-se as seguintes sínteses conclusivas:

1. A proteção à maternidade constitui direito fundamental amparado pela Constituição Federal (arts. 6º, 7º, inciso XVIII, 201, inciso III, 203, inciso I), competindo ao exegeta empreender a interpretação teleológica mais consentânea com os desígnios constitucionais.

2. É preciso guindar uma interpretação sob o pálio da Constituição que outorgue o avanço social trazido à baila pela Lei nº 11.770/08 à totalidade das seguradas da Previdência Social, como forma de concretizar o desígnio constitucional de proteger a maternidade, em especial a gestante e o recém-nascido (art. 201, inciso II, da Constituição Federal de 1988, com a redação dada pela EC nº 20/98).

3. A cláusula constitucional prevista no art. 195, § 5º, da Constituição Federal não constitui óbice à extensão, por isonomia, do direito à prorrogação do salário-maternidade, visto que o legislador e o Governo não criaram fonte de custeio para fazer frente às despesas oriundas da implementação da Lei nº 11.770/08; ao revés, optou-se pela fórmula da renúncia fiscal.

4. Todas as seguradas da Previdência Social possuem, por força da exegese constitucional, direito ao salário-maternidade pelo período de 120 dias, prorrogados por mais 60 dias a partir da Lei nº 11.770/08 (nascimentos e/ou adoções ocorridos a partir do novo diploma legislativo), independentemente de qualquer restrição subjetiva à classe das seguradas, sob pena de flagrante e inconcebível ofensa aos princípios da isonomia e da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços da Previdência Social.

5. Afigura-se incorreta a ideia de que os quatro primeiros meses serão pagos pelo RGPS e os 60 (sessenta) dias de prorrogação serão pagos pelo empregador, quando, em regra, o total da remuneração integral da empregada de pessoa jurídica tributada pelo lucro real será deduzido do imposto de renda devido por esta. Em outras palavras, grandes empresas tributadas pelo lucro real, via de regra, não desembolsarão valores para o custeio da prorrogação da licença-maternidade, havendo evidente hipótese de renúncia fiscal.

6. O direito fundamental à saúde e à vida dos lactentes (e da totalidade das mães seguradas da Previdência Social) deve ser promovido com máxima prioridade (art. 227 da Constituição de 1988), em igualdade de condições, inadmitindo-se discriminações irracionais, promovedoras da injustiça social, mormente quando comprovado cientificamente que o desmame materno precoce facilita a contração de infecções, o desenvolvimento de diarreias crônicas (seguidas de desidratação que pode levar a óbito), etc.

7. A discriminação imposta pela Lei nº 11.770/08 é inaceitável, pois beneficia as seguradas de grandes empresas, sabidamente mais bem remuneradas, em detrimento das demais seguradas do RGPS (inclusive rurais), havendo uma patente inversão do dever fundamental de solidariedade e do objetivo fundamental de redução das desigualdades sociais (art. 3º, inciso III, da Constituição), exigido também dos órgãos políticos no momento da implementação das políticas públicas de Previdência Social. É dizer, a grande

maioria das gestantes, notadamente as de baixa renda, está excluída do Programa Empresa Cidadã, que, a bem da verdade, não gera maiores custos às empresas aderentes.

### Referências bibliográficas

DANTAS, Newton José de Oliveira. **Aspectos constitucionais do aleitamento materno, saúde da criança e liberdade econômica**. São Paulo: RCS, 2007.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 2513/2007**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=378772>>. Acesso em: 10 set. 2011.

**Portal da Justiça Federal da 4ª Região**. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br/trf4/>>. Acesso em: 15 set. 2011.

### Notas

1. MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 387-388.

2. <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=378772>>. Acesso em: 10 set. 2011.

3. <<http://www.trf4.jus.br/trf4/>>. Acesso em: 15 set. 2011.

4. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 10-11.

5. GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 338.

6. Op. cit., p. 338.

7. DANTAS, Newton José de Oliveira. **Aspectos constitucionais do aleitamento materno, saúde da criança e liberdade econômica**. São Paulo: RCS, 2007. p. 06.

8. Op. cit., p. 09.

9. Op. cit., p. 09.

10. Ibidem, p. 19.

11. Ibidem, p. 105.

### Referência bibliográfica (de acordo com a NBR 6023:2002/ABNT):

KERN, Ricardo Alessandro. Reflexos da Lei nº 11.770/08 sobre o salário-maternidade das seguradas do Regime Geral da Previdência Social – RGPS à luz do postulado fundamental da isonomia. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 60, abr. 2014. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao060/Ricardo\\_Kern.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao060/Ricardo_Kern.html)> Acesso em: 15 jul. 2014.