



FACULDADE DOCTUM DE CARATINGA

ESTERLAINE SILVA AGUIAR

**O SALÁRIO MATERNIDADE E O AUMENTO DO PERÍODO DE CONCESSÃO
PARA MÃES DE BEBÊS PREMATUROS.**

BACHARELADO EM DIREITO

MG

2019

ESTERLAINE SILVA AGUIAR

**O SALÁRIO MATERNIDADE E O AUMENTO DO PERÍODO DE CONCESSÃO
PARA MÃES DE BEBÊS PREMATUROS.**

Monografia apresentada ao curso de Direito da Rede de ensino Doctum como requisito parcial para aprovação em bacharel em direito, sob a orientação da Professora Julia

CARATINGA

2019

TERMO DE APROVAÇÃO

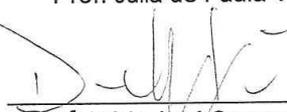
O Trabalho de Conclusão de **O salário maternidade e o aumento do período de concessão para mães de bebês prematuras** elaborado **Esterlaine Silva Aguiar** foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito da FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

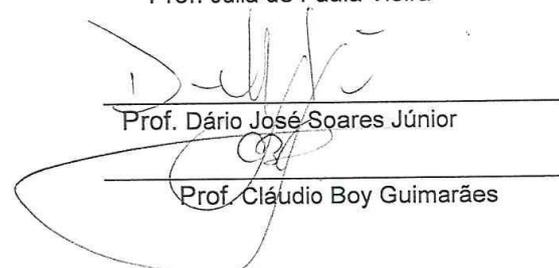
Caratinga 04 de dezembro 2019



Prof. Julia de Paula Vieira



Prof. Dário José Soares Júnior



Prof. Cláudio Boy Guimarães

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus pelo dom da vida, pela saúde e força para superar todas as dificuldades e por ter me proporcionado chegar até aqui. A minha família por toda a dedicação e paciência contribuindo diretamente para que eu pudesse ter um caminho mais fácil e prazeroso durante esses anos.

Agradeço aos professores que sempre estiveram dispostos a ajudar e contribuir para um melhor aprendizado em especial a minha professora e orientadora Júlia de Paula pelo suporte, por suas correções e incentivos. Agradeço também a minha instituição por ter me dado a chance e todas as ferramentas que permitiram chegar hoje ao final desse ciclo de maneira satisfatória.

E a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado.

RESUMO

Com o objetivo de verificar a ampliação do prazo de concessão do salário maternidade para mães de bebês prematuros e o estabelecimento do vínculo materno o projeto de pesquisa ganha relevância jurídica. Isso ocorre por entender que quando o parto é antecipado a criança permanece por mais tempo no hospital e com isso demanda mais atenção e cuidados principalmente da figura materna. Identifica-se, ainda, que a prematuridade no nascimento implica em muitos casos em grandes períodos de estadia em hospitais. Nessa perspectiva entende-se que a finalidade do salário maternidade é permitir que a mãe segurada do INSS possa passar um período de tempo ao lado da criança, seja biológica ou adotada para que as necessidades primeiras e básicas fossem executadas por ela bem como tivesse a seu favor um período de tempo para que se recuperar do parto. O salário maternidade é um benefício da previdência social e enquanto isso é designado e voltado ao sustento, como o próprio nome diz. Quando se tem a antecipação de um parto o benefício do salário maternidade passa a ser contado a partir do nascimento e em alguns casos cessa antes mesmo da alta hospitalar, obrigando que a genitora fique desamparada legalmente para continuar ao lado do filho e conseqüentemente dar os cuidados e realizar efetivamente o estabelecimento do vínculo materno. Assim, cabe aos operadores do direito, diante da inexistência de norma legal que ampara esses casos específicos, analisarem o caso concreto, guardando a necessidade dos cuidados básicos com a criança, o estabelecimento do vínculo materno e o contido no princípio da dignidade da pessoa humana, aumentando esse lapso temporal para a licença maternidade preenchendo a lacuna legal existente nesse sentido.

Palavras chave: Seguridade Social; Salário maternidade; vínculo materno.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	10
CAPÍTULO I: PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS CORRELATOS À PRESERVAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	14
1.1A afetividade nas relações familiares	14
1.2 O dever de cuidado da família- solidariedade e assistência mútua	22
CAPÍTULO II: O SALÁRIO MATERNIDADE	28
2.1 Comentários sobre os benefícios Previdenciários	28
2.2.1 Salário maternidade	32
CAPÍTULO III: A POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DO SALÁRIO MATERNIDADE AOS PREMATUROS	35
3.1A necessidade de estabelecimento de vínculo materno	35
3.2 A falta de previsão legal e entendimentos unânimes	37
CONSIDERAÇÕES FINAIS	41
REFERÊNCIAS	43

INTRODUÇÃO

O tema foi escolhido a partir do seguinte questionamento: é possível a extensão do salário maternidade para mães de filhos prematuros? Considerando não se tratar de um assunto cujo entendimento não seja unânime a pesquisa encontra justificativa.

Não há previsão legal para essa possibilidade, permitindo que as mães de filhos prematuros não tenham certeza se terão os seus direitos resguardados ou não. Sobre essa ótica o trabalho será desenvolvido trazendo informações que defendem o direito à possibilidade de extensão do salário maternidade no caso de partos prematuros.

Desse modo, a pesquisa mostra como objetivo principal verificar a possibilidade de extensão do salário maternidade para as mães que tiveram seus filhos prematuramente.

Quando o bebê nasce antes do tempo previsto demanda mais cuidado não somente médico, mas, principalmente da mãe que passa a maioria do seu tempo voltada aos cuidados com esse a fim de que o desenvolvimento da criança possa ser pleno e integral. Assim, mesmo não havendo previsão legal, diante da particularidade do caso, é possível que haja a extensão do benefício da licença maternidade para as mães de filhos prematuros? Sim, pode haver extensão do benefício do auxílio maternidade para as mães que tiveram filhos prematuros.

O artigo 7^a, inciso XVIII da Constituição Federal garante a licença maternidade para as mães que tiverem filhos, sejam naturais ou adotados com a finalidade de permitir o cuidado inicial na vida desses que tanto precisam de suas genitoras. Quando o parto ocorre em bebês prematuros a possibilidade de extensão desse benefício deve ocorrer diante da necessidade maior existente nesses casos, pois o parto ocorre antes do tempo previsto, necessitando esses bebês de cuidados específicos que em muitos casos ultrapassam os 4 (quatro) ou 6 (seis) meses da licença maternidade.

Ao conceder essa possibilidade a justiça faz com que a legislação previdenciária cumpra o seu papel permitindo não somente o resguardo integral aos direitos da criança explicitados no ECA, mas, do mesmo modo, acaba por consolidar as questões de dignidade da pessoa humana e direito à vida expresso na Carta Magna do nosso país.

Como referencial teórico tem-se as considerações feitas pela relator Jurandir Borges Pinheiro no julgamento do Recurso Cível da Terceira Turma, pertencente ao

Tribunal Regional Federal da 4ª Região qual reconhece a necessidade da ampliação do prazo da licença maternidade para mães de crianças prematuras e o estabelecimento do vínculo materno.

PREVIDENCIÁRIO. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ADEQUAÇÃO AO ENTENDIMENTO DA TRU DA 4ª REGIÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO INSS. SALÁRIO-MATERNIDADE. PARTO PREMATURO. INTERNAÇÃO EM UTI NEONATAL. PRORROGAÇÃO DO BENEFÍCIO. POSSIBILIDADE QUANDO DEMONSTRADA A INDISPENSABILIDADE DO CUIDADO MATERNO. RECURSO DO INSS IMPROVIDO.

1. Conforme firme entendimento da TNU, o salário-maternidade pode ser pago diretamente pelo INSS mesmo nos casos de dispensa sem justa causa pelo empregador (PEDILEF 50413351920114047100). A relação previdenciária é estabelecida entre o segurado e a Autarquia e não entre aquela e o empregador. Considerar que a demissão imotivada no período de estabilidade da empregada importa no dever do empregador de pagar o salário-maternidade no lugar da previdência social seria transmutar um benefício previdenciário em indenização trabalhista. Logo, deve ser reconhecida a legitimidade passiva do INSS e a competência da Justiça Federal.

2. É possível a prorrogação da licença maternidade pelo período de internação hospitalar do recém-nascido em unidade de terapia intensiva neonatal quando demonstrada a indispensabilidade do cuidado materno.¹

Dentro do tema proposto observamos o ganho social uma vez que buscamos aqui defender um direito comum a todos, e desconhecido pela maioria, por não possuir tanta relevância dentro da sociedade pelo próprio desconhecimento da matéria, por isso defender o tema é demonstrar a todos um direito que assiste a uma grande parte de mulheres/mães do nosso país.

Bem como o ganho jurídico, já que são inúmeros os advogados que desconhecem também a aplicabilidade de o instituto e que passaria a olhar de forma diferenciada para os problemas muitas vezes vivido pelo cliente.

Por fim o ganho acadêmico, já que parte daqui uma orientação para a vida jurídica, fornecendo uma nova base de conhecimento sobre essa nova vertente jurídica e que merece grande atenção.

O trabalho é desenvolvido mediante a técnica de pesquisa bibliográfica e documental, unindo desta maneira todo o conhecimento produzido pela doutrina

¹ BRASIL, TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. **RECURSO CÍVEL Nº 5002059-47.2017.4.04.7107/RS**

RELATOR: JUIZ FEDERAL JURANDI BORGES PINHEIRO Data do julgamento 10/12/2018. Disponível em https://eproc.jfrs.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=711532098358042011313682559569&evento=5027&key=b64597bcea41fb7f815f0f01e4b921791c176ff99fff4710ebfda85dc3b71333&hash=89d275fc4f1c44e7eef6fb59bd2d96c1. Acesso em 19 de maio 2019

especializada, bem como os textos normativos pertinentes e algumas decisões dos tribunais brasileiros, consideradas desta maneira válidas à elucidação e à fundamentação dos assuntos apresentados por esse debate. Será assim um trabalho teórico-dogmático, uma vez que serão estudados, doutrinas, legislações e jurisprudências.

O trabalho será interdisciplinar uma vez que abordaremos o Direito Civil, Direito Constitucional e Direito Previdenciário.

Assim o trabalho será dividido em três capítulos. No primeiro capítulo será avaliado os princípios constitucionais voltados para a preservação da vida bem como para o desenvolvimento da criança prematura.

O segundo capítulo o salário maternidade será o alvo de estudo. Para finalizar o terceiro e último capítulo será dedicado ao entendimento sobre a possibilidade de extensão do benefício do salário maternidade para mães que tiveram seus filhos prematuros.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Dentro do contexto de benefício previdenciário, entender a seguridade social é importante visto que o salário maternidade está diretamente relacionado com a seguridade. Assim, fornecendo um conceito de seguridade social as lições de Roberto de Carvalho Santos são importantes, diante do entendimento de se relacionar com a justiça social e a melhoria da qualidade de vida dos brasileiros:

A Seguridade Social surgiu em resposta aos anseios da sociedade que buscava um conjunto de normas e regras que garantisse um mínimo de dignidade humana. Esse clamor se efetivou com a Constituição Federal de 1988, quando os constituintes incluíram um capítulo específico sobre Seguridade Social, representado pelos arts. 194 a 200. É um direito social garantido no art. 6º da Constituição Federal de 1988. Esse conjunto de normas trouxe esperança de maior justiça social, bem-estar e melhoria da qualidade de vida dos brasileiros.²

O salário-maternidade é prestado às seguradas empregadas, trabalhadoras avulsas, empregadas domésticas, contribuintes individuais, facultativas e seguradas especiais, por ocasião do parto, inclusive o natimorto, aborto não criminoso, adoção ou guarda judicial para fins de adoção.

Conceituado por Ibrahin Zambitte o salário maternidade é assim entendido:

O salário-maternidade, em uma acepção estrita do seguro social, não teria natureza previdenciária, pois não há necessariamente incapacidade a ser coberta. Entretanto, na visão mais abrangente das necessidades sociais cobertas, com eventos não necessariamente ligados à incapacidade laborativa - como os encargos familiares - deve-se incluir o salário-maternidade como benefício, hoje, tipificado em previdenciário. Este benefício é previsto na Lei nº 8.213/91, arts. 71 a 73 e no RPS, arts. 93 a 103.³

Para a criança nascida ou adotada a partir de 14.06.2007, o benefício também será devido à segurada desempregada (empregada, trabalhadora avulsa e doméstica), para a que cessou as contribuições (contribuinte individual ou facultativa) e para a segurada especial, desde que o nascimento ou adoção tenham ocorrido dentro do período de manutenção da qualidade de segurada⁴.

O salário maternidade pode ser considerado como o único benefício que faz

² SANTOS, Roberto de Carvalho. **Direito Previdenciário**. Belo Horizonte: IEPREV, 2018., p.112.

³ IBRAHIN, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**, Niterói-RJ: Impetus, 2018, p. 657.

⁴ BRASIL, Ministério da Previdência Social **Auxílio Maternidade**. Disponível em: previdenciasocial.gov.br/conteudoDinamico.php?id=20. Acesso em 19 maio de 2019

parte do salário de contribuição. Vejamos:

O salário-maternidade é o único benefício considerado como integrante do salário-de-contribuição, fique muito atento a isso. Nenhum outro benefício integra o salário-de-contribuição. Os benefícios da previdência social não integram o salário-de-contribuição, salvo o salário-maternidade, que é a única exceção.⁵

O benefício será pago durante 120 dias e poderá ter início até 28 dias antes do parto. Se concedido antes do nascimento da criança, a comprovação será por atestado médico, se posterior ao parto, a prova será a certidão de nascimento⁶.

À segurada da previdência social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança, é devido salário-maternidade durante os seguintes períodos: 120 dias, se a criança tiver até 01 anos completo de idade; 60 dias, se a criança tiver de 01 a 04 anos completos de idade; 30 dias, se a criança tiver de 04 anos até completar 08 anos de idade.⁷

No caso de adoção de mais de uma criança, simultaneamente, a segurada terá direito somente ao pagamento de um salário-maternidade, observando-se o direito segundo a idade da criança mais nova.

Para concessão do salário-maternidade, não é exigido tempo mínimo de contribuição das trabalhadoras empregadas domésticas e trabalhadoras avulsas, desde que comprovem filiação nesta condição na data do afastamento para fins de salário maternidade ou na data do parto.

A segurada especial que não paga contribuições receberá o salário maternidade se comprovar no mínimo dez meses de trabalho rural imediatamente anteriores à data do parto, mesmo que de forma descontínua (podendo se juntado neste caso, além da certidão de casamento com início da prova material, o contrato de parceria agrícola feito com terceiros ou até mesmo com os próprios pais). Se o nascimento for prematuro, a carência será reduzida no mesmo total de meses em que o parto foi antecipado.⁸

⁵ MENDONÇA, Vinicius Barbosa **Direito Previdenciário Para Concursos Públicos**/Vinicius Barbosa Mendonça. - Juiz de Fora: Edição *on line*, 2018, p. 52.

⁶ BRASIL, Ministério da Previdência Social **Auxílio Maternidade**. Disponível em: previdenciasocial.gov.br/conteudoDinamico.php?id=20. Acesso em 19 de maio de 2019

⁷ BRASIL, Ministério da Previdência Social **Auxílio Maternidade**. Disponível em: previdenciasocial.gov.br/conteudoDinamico.php?id=20. Acesso em 19 de maio de 2019

⁸ GOES, Hugo Medeiros de. **Resumo de Direito Previdenciário**, 3.ed. Rio de Janeiro: Ed. Ferreira, 2010, p.96.

Desde setembro de 2003, o pagamento do salário-maternidade das gestantes empregadas é feito diretamente pelas empresas, que são ressarcidas pela previdência Social. As mães adotivas, contribuintes individuais, facultativas e empregadas domésticas terão de pedir o benefício nas agências da Previdência social.

Dessa forma, pode-se dizer que o objetivo do salário maternidade está no resguardo da relação existente entre mãe e filho.

Quando o parto é antecipado pelo nascimento prematuro da criança, essa relação deve se fazer ainda mais presente, pois nesses casos a demanda por cuidados específicos é iminente.

Ainda, importa destacar que, conceitualmente, a licença-maternidade visa a salvaguardar a relação importantíssima e necessária entre o recém-nascido e sua mãe, e a garantia desse contato único tem a precípua finalidade de a criança se desenvolver de forma protegida e segura. Bem como preservar o dever de sustento durante esse período em que a mãe está afastada das atividades laborativas.⁹

Observa-se que o salário maternidade tem o objetivo de preservar as condições econômicas financeiras da mãe que está afastada do trabalho enquanto cuida de seu filho. Essa tranquilidade que o salário maternidade dá é indispensável para que a relação entre mãe e filho seja plena.

Ademais, cumpre ainda notar que o benefício salário-maternidade não é, de forma alguma, unicamente voltado ao filho, mas, também, à mãe, a qual terá elevado encargo de reorganizar sua vida pessoal e profissional com a feliz chegada de um novo membro. Afinal, o segurado participa e contribui ao sistema protetivo justamente como forma de obter a prestação devida na hipótese de necessidades sociais cobertas, como a maternidade ou adoção¹⁰

É considerado prematuro a criança que nasce antes do tempo previsto, com menos de 37 semanas de gestação. Vejamos:

O bebê que nasce com menos de 37 semanas de gestação (36 semanas e 6 dias) é considerado prematuro, ou pré-termo. No Brasil, o nascimento de bebês prematuros corresponde a 12,4% dos nascidos vivos, de acordo com

⁹ BACK, Caroline Bourdot. **O direito de licença-maternidade especial para mães de filhos prematuros**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/55170>>. Acesso em: 24 abr. 2018.

¹⁰ IBRAHIN, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**, Niterói-RJ: Impetus, 2018, p. 659.

dados do Sistema de Informações Sobre Nascidos Vivos (Sinasc) e do Ministério da Saúde.¹¹

Importante ressaltar que o prognóstico de vida para os bebês prematuros tem aumentado a cada dia. São evoluções tecnológicas em todas as áreas da medicina, farmácia e outras especialidades que vem dando aos prematuros condições de sobreviver mesmo nascendo com poucas semanas de gestação.

A impossibilidade de extensão do auxílio maternidade contraria sua razão de existir dentro da legislação previdenciária. Se a finalidade da licença maternidade é garantir um período específico de contato do filho com a mãe. Excepcionalmente, por motivos de força maior, o parto prematuro coíbe a mãe e o recém-nascido desse contato, pois o bebê completará seu desenvolvimento fisiológica internado, com o auxílio de aparelhos médicos.

Importa dizer que o Projeto de Lei nº241 de 2017 tramitou no Senado Federal e foi remetido à Câmara dos Deputados em 03 de abril de 2018, com proposta de alteração legal do contido no artigo 7º, XVIII da Constituição Federal no sentido de permitir a extensão do benefício do salário maternidade desde o parto, caso seja prematuro.

Ocorre que até a presente data não há qualquer manifestação da casa sobre o assunto, fazendo com que decisões isoladas e não unânimes deliberem sobre o assunto fazendo com que as mães que tem seus filhos prematuramente fiquem a mercê desses entendimentos desencontrados, podendo ter seus direitos reconhecidos ou não.

¹¹ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PREMATUROS. **O bebê prematuro.** Disponível em <http://prematividade.com/index.php/interna-post/o-bebe-prematuro-6000>. Acesso em 24 abr 2018

CAPÍTULO I: PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS CORRELATOS À PRESERVAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Esse capítulo será destinado aos deveres familiares. Iniciando com um breve histórico sobre as famílias e o tratamento legal dado a elas dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Entende-se como necessária essa explanação, nesse momento para que seja possível entender que o direito de família é um ramo no qual é dada atenção especial e particular, diante da importância no ordenamento como um todo, por entender que nas famílias estão o fundamento da sociedade.

Será dada ênfase aos deveres de solidariedade familiar e sustento, pois dentro da temática proposta são indispensáveis para o entendimento da hipótese a ser trabalhada

1.1A afetividade nas relações familiares

A família é uma entidade protegida pelo Estado, tendo sido esta, nos primórdios do direito Romano, sustentada e protegida pela figura do *pater*. Para alguns doutrinadores, possivelmente a primeira lei existente, de cunho familiar é a proibição do incesto, visto que a fim de preservar a espécie humana era primordial que descendentes de um mesmo tronco não se relacionasse sexualmente, e essa corrente de pensamento é partilhado por Ulhoa (2010, p. 15 e 16).

A respeito da origem da família Maria Berenice assim explana:

Mesmo sendo a vida aos pares um fato natural, em que os indivíduos se unem por uma química biológica, a família é um agrupamento informal, de formação espontânea no meio social, cuja estruturação se dá através do direito.¹²

A formação familiar, no Direito Romano podia ser também por afeto, não sendo, no entanto essa característica que denominava um conjunto de parentes como uma família, de acordo com Venosa, que assim segue explanando:

Os membros da família antiga eram unidos por vínculo mais poderoso que o nascimento: a religião doméstica e o culto dos antepassados. Esse culto era dirigido pelo pater. A mulher, ao se casar, abandonava o culto do lar de seu

¹² DIAS, Maria Berenice **Manual de Direito das Famílias**. 8 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.28

pai e passava a cultuar os deuses e antepassados do marido, a quem passava a fazer oferendas. Por esse largo período da antiguidade, família era um grupo de pessoas sob o mesmo lar, que invocava os mesmos antepassados.¹³

No Brasil, com a Constituição da República de 1988, a família passa a ser a base da sociedade nos termos constitucionais dispostos do artigo. 226 da Constituição da República e seu parágrafo 5º , sendo ambos os cônjuges equiparados no que tange ao poder familiar.

Art. 5º. A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;¹⁴

A respeito das normas de direito público que regem o direito de família Venosa assim explana:

No direito de família, a ordem pública prepondera dispondo sobre as relações pessoais dos cônjuges, relações entre pais e filhos, regimes matrimoniais, celebração e dissolução do casamento etc. Tal se deve ao interesse permanente do Estado no direcionamento da família como sua célula básica (...). Por outro lado, esse ramo também possui normas supletivas que permitem, por exemplo, acordos entre cônjuges no divórcio a respeito de seu patrimônio, visita e guarda dos filhos etc.¹⁵

Maria Helena Diniz define o direito de família como:

O ramo do direito civil concernente às relações entre pessoas unidas pelo matrimônio, pela união estável ou pelo parentesco e aos institutos complementares de direito protetivo ou assistencial, pois embora a tutela e curatela não advenham de relações familiares, têm, devido a sua finalidade, conexão com o direito de família.

Uma das principais fontes do Direito De Família é a Constituição Federal da República do Brasil, a qual tem como componentes além de regras e normas, toda uma ordem de princípios que demandam a aplicação, citando alguns tem-se o

¹³VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil, Direito de Família. 11º Ed. Editora Atlas SA. São Paulo, 2015, p.20.

¹⁴ BRASIL, CÓDIGO CIVIL , VADE MECUM são Paulo: Saraiva, 2018, p.269

¹⁵VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil, Direito de Família. 11º Ed. Editora Atlas SA. São Paulo, 2016, p.10/11.

princípio da Dignidade da Pessoa Humana, da Igualdade Entre os Cônjuges, da Paternidade Responsável, dentre outros que podem estar evidentes ou intrínsecos no teor constitucional.

Pensar numa família em tempos atuais, nos remete ao entendimento da existência de pluralidade, ou seja, no lugar de família, famílias. Nos últimos anos essa pluralidade familiar tem sido cada vez mais reconhecida e protegida pela legislação e pela jurisprudência.

O casamento deixou de ter a força absoluta das décadas passadas, abrindo espaço para a união estável (inclusive entre casais homoafetivos), para famílias monoparentais e inúmeras outras formas de organização familiar, o que caracteriza, mais do que nunca, a liberdade na construção dessas entidades familiares.¹⁶

Diante de um cenário tão diverso e múltiplo, com mudanças tão profundas, é que se cogita que a família estaria em crise. No entanto, conforme Rodrigo da Cunha Pereira:

É natural que em meio um processo histórico, ainda vivenciado, tenhamos um olhar medroso e pessimista frente às mudanças. É compreensível que as coisas novas amedrontem, mas o processo é de evolução histórica e não de decadência. As turbulências do caminho são decorrências naturais do processo evolutivo civilizatório.¹⁷

Tanto assim que a família, embora seja alvo de críticas e contestações ao longo da história ainda representa um abrigo diante das modalidades de desamparo que enfrentamos no presente.

Neste sentido, Phillippe Vigo afirma que:

[...] há uma imortalização na ideia de família. Mudam os costumes, mudam os homens, muda a história; só parece não mudar esta verdade, vale dizer, a atávica necessidade que cada um de nós sente de saber que, em algum lugar, encontra-se o seu porto e o seu refúgio, vale dizer, o seio de sua família, este locus que se renova sempre "como ponto de referência central do indivíduo na sociedade; uma espécie de aspiração à solidariedade e à segurança que dificilmente pode ser substituída por qualquer outra forma de convivência social"¹⁸

O artigo 1º da Declaração dos Direitos da Pessoa Humana assinado em 10 de dezembro de 1948 pelos países que integram as Nações Unidas (ONU), dentre os

¹⁶ DIAS, Maria Berenice **Manual de Direito das Famílias**. 8 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.28

¹⁷ Rodrigo da Cunha Pereira, **Direito de família** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.21

¹⁸ VIGO, Phillippe **As famílias poliafetivas**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/58673/familias-poliafetivas-e-a-sucessao-legitima/4>. Acesso em 15 ago 2019

países integrantes está o Brasil, traz o princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Ademais, tal princípio é citado até no preâmbulo de tal declaração:

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais do ser humano, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla,¹⁹

É o princípio da dignidade da pessoa humana a base de uma sociedade livre, justa e democrática, garantidor de um Estado Democrático de Direito, como alude Madaleno

É um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito conforme preceitua a CRFB no art. 1º e inciso III. Ainda, durante a Carta Magna, vê-se tal princípio, como no art. 5º, incisos III (não submissão a tortura), VI (inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença), VIII (não privação de direitos por motivo de crença ou convicção), X (inviolabilidade da vida privada, honra e imagem), XI (inviolabilidade de domicílio), XII (inviolabilidade do sigilo de correspondência), XLVII (vedação de penas indignas), XLIX (proteção da integridade do preso) dentre outros.²⁰

O titular desse princípio é a pessoa humana, como versa o título do mesmo. A Constituição Federal de 1988, proclama o princípio da igualdade em seu preâmbulo. Reafirmando o direito à igualdade ao dizer no artigo 5.º que todos são iguais perante a lei.

Constitucionalmente é assegurado tratamento isonômico e proteção igualitária a todos os cidadãos no âmbito social. A ideia central é garantir a igualdade, o que interessa particularmente ao direito, pois está ligada à ideia de justiça. Os conceitos de igualdade e de justiça evoluíram. Justiça formal identifica-se com igualdade formal: conceder aos seres de uma mesma categoria idêntico tratamento. Mas não basta que a lei seja aplicada igualmente para todos. Aspira-se à igualdade material precisamente porque existem desigualdades. Também existe a igualdade como reconhecimento, que significa o respeito devido às minorias, sua identidade e suas diferenças, sejam elas quais forem. Nada mais do que o respeito à diferença.²¹

¹⁹UNICEF BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm. Acesso em: 04 out 2019

²⁰MADALENO, Rolf. **Direito de família**. – 7.ª ed.– Rio de Janeiro:Editora Forense, 2018, p.103

²¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24ª ed. São Paulo:Malheiros Editores, 2010., p. 139.

O princípio da igualdade busca dar o mesmo tratamento a todos, uma forma de dar aqueles que precisam o tratamento adequado para que não sejam tratados fora dos padrões de dignidade da pessoa humana.

Já a solidariedade é o que cada um de nós devemos ao outro, os alimentos compensatórios são dever de assistência, nada mais é do que um exemplo da efetivação do princípio da solidariedade familiar.

A lei se aproveita da solidariedade que existe no âmbito das relações familiares. Ao gerar deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar, safa-se o Estado do encargo de prover toda a gama de direitos que são assegurados constitucionalmente ao cidadão. Basta atentar que, em se tratando de crianças e de adolescentes, é atribuído primeiro à família, depois à sociedade e finalmente ao Estado o dever de garantir com absoluta prioridade os direitos inerentes aos cidadãos em formação (CF 227). Impor aos pais o dever de assistência aos filhos decorre do princípio da solidariedade (CF 229). O mesmo ocorre com o dever de amparo às pessoas idosas (CF 230).²²

No contexto familiar o princípio da solidariedade entra nos moldes de paternidade responsável, ou seja, todos são responsáveis pelo planejamento familiar bem como pelos os que compõem sua família.

A dignidade é algo inerente a pessoa humana, ou seja, qualidade inseparável, que faz com que todos tenham direitos á apreço e estima de toda a sociedade e do Estado, surgindo assim direitos e deveres fundamentais.

O princípio da dignidade da pessoa humana atua como um direcionamento para o Estado, de modo que este promova e assegure direitos que atendam às necessidades mínimas de cada cidadão.

Pode-se afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana protege todos os seres humanos, pressupõe direitos fundamentais que devem ser respeitados por toda a sociedade, e que devem ser principalmente assegurados pelo Estado.

Fruto de um amplo debate democrático a Constituição Brasileira de 1988 elegeu como direitos fundamentais da sociedade brasileira a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social, a redução das desigualdades, a erradicação da pobreza entre outros valores de cunho fortemente social e humanista.²³

²² FREITAS, Daniele Xavier. **Princípio da paternidade responsável.** Disponível em <https://daniellixavierfreitas.jusbrasil.com.br/noticias/144731896/principio-da-paternidade-responsavel>. Acesso em 01 set 2019

²³ SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil Constitucional.** São Paulo: Atlas, 2016, p.2.

A dignidade da pessoa humana é um dos princípios que constituem a República Federativa do Brasil, sendo indispensável como norteador para todo o ordenamento jurídico seja em qualquer seara do direito.

Alexandre de Moraes a conceitua da seguinte forma:

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.²⁴

Portanto, a dignidade da pessoa humana visa valorar aquilo que o ser humano tem de mais importante que está voltado para o íntimo do ser fazendo com que os direitos fundamentais sejam elevados, e que o direito atinja seus objetivos que é o de justiça.

Falar em dignidade da pessoa humana é voltar-se para as questões relativas ao respeito ao indivíduo. Logo, o dever de assistência mútua e de sustento entre os familiares é envolto pela garantia de um mínimo existencial, que deriva da dignidade da pessoa humana.

Ricardo Lobo Torres conceitua o mínimo existencial como sendo. “O mínimo por coincidir com o conteúdo essencial dos direitos fundamentais e por ser garantido a todos os homens, independentemente de suas condições de riqueza.”²⁵

Na concepção de Ricardo Lobo, o direito ao mínimo existencial não tem dicção constitucional própria, uma vez que a Constituição não o proclama de maneira direta, devendo-se procurá-lo nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, do devido processo legal e da livre iniciativa, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão.²⁶

²³ FREITAS, Daniele Xavier. **Princípio da paternidade responsável.** Disponível em <https://daniellixavierfreitas.jusbrasil.com.br/noticias/144731896/principio-da-paternidade-responsavel>. Acesso em 01 set 2019

²³ SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil Constitucional.** São Paulo: Atlas, 2016, p.2

²⁴ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional.* 21 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.66.

²⁵ TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial-** 2. ed. – Rio de Janeiro: Renovar,2009, p.35 e 36.

²⁶ TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial-** 2. ed. – Rio de Janeiro: Renovar,2009, p.35 e 36.

Seguindo essa mesma linha de raciocínio Nelson Rosewald é claro ao dizer que a partir do momento em que se tem a família constituída surge o dever de assistência mútua e de sustento, ou mesmo de solidariedade familiar, que ultrapassa os limites da prestação de deveres materiais. Vejamos:

Além do dever de assistência material com a prestação de alimentos, as pessoas que compõem uma família, reciprocamente, assumem o dever de assistência moral, de administração do patrimônio dos filhos, de guarda, sustento e educação em todos os seus sentidos.²⁷

Nesse sentido, para o autor é imprescindível que considere o contido no princípio da paternidade responsável contida no artigo 226§7º da Constituição da República,²⁸ pois o resguardo do mau planejamento familiar se dá exatamente para que o dever de sustento seja preservado. Assim, “o propósito do planejamento familiar, é, sem dúvidas, evitar a formação de núcleos familiares sem condições de sustento e de manutenção.”²⁹

Através do princípio da paternidade responsável o legislador constitucional conferiu o dever de assistência mutua e de solidariedade entre os envolvidos nas relações familiares, independente da forma como foram constituídas.

Sobre o princípio da paternidade responsável:

O princípio da paternidade responsável, inserido no direito do estado de filiação, está também garantido implicitamente na Constituição Federal, no art. 227, pois é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar, colocando-os a salvo de toda forma de discriminação, vedando expressamente as designações discriminatórias relativas ao estado de filiação.³⁰

O dever de prestar alimentos está fundado na solidariedade humana. Porém, o ato vai além das simples justificativas morais ou sentimentais tornando-se um dever

²⁷ ROSENVALD, Nelson, Faria Cristiano. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 9 ed., atul, Salvador: Editora Juspodvm, 2018 , p.53

²⁸ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas

²⁹ ROSENVALD, Nelson, Faria Cristiano. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 9 ed., atul, Salvador: Editora Juspodvm, 2018 , p.111.

³⁰ PIRES, Thiago José Teixeira. Princípio da paternidade responsável. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24305>>. Acesso em: 25 agos 2019

trazido por nosso ordenamento jurídico, por questão de ordem pública, por isso existem leis que determinam o dever de alimentar exatamente por entender o dever de sustento implícito na relação.

Para Rolf Madaleno a questão pode ser assim entendida:

Os pais tem em relação aos filhos um dever constitucional de sustento, assegurando a eles o direito à vida, à saúde física, à saúde mental, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, dentre outros direitos igualmente fundamentais. É uma das maneiras essenciais de atender estas necessidades básicas, estruturantes da vida de um descendente em formação é lhe assegurando o inteiro e pontual direito alimentar, especialmente como os pais se separam.³¹

Importante sobressaltar que o dever de solidariedade e de sustento imperam durante todo o tempo da relação familiar, não apenas quando a prestação alimentícia se faz necessária. Esses deveres são, indispensável, durante toda a vida dos envolvidos na família.

A maioria civil não implica em dizer que cessou os deveres de assistência mútua e solidariedade familiar. Não é possível dizer essa assertiva sem considerar as particularidades de cada caso a ser analisado.

A maioria civil não interrompe o dever de sustento até mesmo porque não findou a solidariedade familiar. Aliás, se alguém pode ser compelido a prestar alimentos ao ascendente ou ao irmão que deles necessita, com idêntica motivação pode ser obrigado a prestá-los aos seus filhos, que maiores, quando estiverem em tais situações.³²

Desse modo, a solidariedade, como categoria ética e moral que se encontra arraizada no mundo jurídico, constitui um vínculo de sentimento racionalmente guiado, restrito e autodeterminado que confere a cada pessoa deveres de cooperação, assistência, amparo, ajuda e cuidado em relação às outras. A solidariedade tem sua importância aumentada no momento em que há a permissão da tomada de consciência da interdependência social.

Assim, a ideia de assistência mútua, solidariedade familiar e de sustento, remete ao entendimento de que, é além de prestação de valores monetários,

³¹ MADALENO, Rolf **Direito de Família**, 8ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018,, p.1215

³² ROSENVALD, Nelson, Faria Cristiano. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 9 ed., atual, Salvador: Editora Juspodvm, 2018 , p.746.

encontrando os resultados que sobrepõe as questões individualistas, partindo pra um entendimento maior.

1.2 O dever de cuidado da família- solidariedade e assistência mútua

O artigo 1º da Declaração dos Direitos da Pessoa Humana assinado em 10 de dezembro de 1948 pelos países que integram as Nações Unidas (ONU), dentre os países integrantes está o Brasil, traz o princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Ademais, tal princípio é citado até no preâmbulo de tal declaração:

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais do ser humano, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla,³³

É o princípio da dignidade da pessoa humana a base de uma sociedade livre, justa e democrática, garantidor de um Estado Democrático de Direito, como alude Madaleno

É um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito conforme preceitua a CRFB no art. 1º e inciso III. Ainda, durante a Carta Magna, vê-se tal princípio, como no art. 5º, incisos III (não submissão a tortura), VI (inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença), VIII (não privação de direitos por motivo de crença ou convicção), X (inviolabilidade da vida privada, honra e imagem), XI (inviolabilidade de domicílio), XII (inviolabilidade do sigilo de correspondência), XLVII (vedação de penas indignas), XLIX (proteção da integridade do preso) dentre outros.³⁴

O titular desse princípio é a pessoa humana, como versa o título do mesmo. A Constituição Federal de 1988, proclama o princípio da igualdade em seu preâmbulo. Reafirmando o direito à igualdade ao dizer no artigo 5.º que todos são iguais perante a lei.

Constitucionalmente é assegurado tratamento isonômico e proteção igualitária a todos os cidadãos no âmbito social. A ideia central é garantir a igualdade, o que interessa particularmente ao direito, pois está ligada à ideia de justiça. Os conceitos de igualdade e de justiça evoluíram. Justiça formal

³³UNICEF BRASIL. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm. Acesso em: 01 de maio de 2018.

³⁴MADALENO, Rolf. **Direito de família**. – 7.ª ed.– Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018, p.103

identifica-se com igualdade formal: conceder aos seres de uma mesma categoria idêntico tratamento. Mas não basta que a lei seja aplicada igualmente para todos. Aspira-se à igualdade material precisamente porque existem desigualdades. Também existe a igualdade como reconhecimento, que significa o respeito devido às minorias, sua identidade e suas diferenças, sejam elas quais forem. Nada mais do que o respeito à diferença.³⁵

O princípio da igualdade busca dar o mesmo tratamento a todos, uma forma de dar aqueles que precisam o tratamento adequado para que não sejam tratados fora dos padrões de dignidade da pessoa humana.

Já a solidariedade é o que cada um de nós devemos ao outro, os alimentos compensatórios são dever de assistência, nada mais é do que um exemplo da efetivação do princípio da solidariedade familiar.

A lei se aproveita da solidariedade que existe no âmbito das relações familiares. Ao gerar deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar, safa-se o Estado do encargo de prover toda a gama de direitos que são assegurados constitucionalmente ao cidadão. Basta atentar que, em se tratando de crianças e de adolescentes, é atribuído primeiro à família, depois à sociedade e finalmente ao Estado o dever de garantir com absoluta prioridade os direitos inerentes aos cidadãos em formação (CF 227). Impor aos pais o dever de assistência aos filhos decorre do princípio da solidariedade (CF 229). O mesmo ocorre com o dever de amparo às pessoas idosas (CF 230).³⁶

No contexto familiar o princípio da solidariedade entra nos moldes de paternidade responsável, ou seja, todos são responsáveis pelo planejamento familiar bem como pelos os que compõem sua família.

A dignidade é algo inerente a pessoa humana, ou seja, qualidade inseparável, que faz com que todos tenham direitos à apreço e estima de toda a sociedade e do Estado, surgindo assim direitos e deveres fundamentais.

O princípio da dignidade da pessoa humana atua como um direcionamento para o Estado, de modo que este promova e assegure direitos que atendam às necessidades mínimas de cada cidadão.

Pode-se afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana protege todos os seres humanos, pressupõe direitos fundamentais que devem ser respeitados por toda a sociedade, e que devem ser principalmente assegurados pelo Estado.

³⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24ª ed. São Paulo:Malheiros Editores, 2010., p. 139.

³⁶ FREITAS, Daniele Xavier. **Princípio da paternidade responsável**. Disponível em <https://daniellixavierfreitas.jusbrasil.com.br/noticias/144731896/principio-da-paternidade-responsavel>. Acesso em 01 set 2019

Fruto de um amplo debate democrático a Constituição Brasileira de 1988 elegeu como direitos fundamentais da sociedade brasileira a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social, a redução das desigualdades, a erradicação da pobreza entre outros valores de cunho fortemente social e humanista.³⁷

A dignidade da pessoa humana é um dos princípios que constituem a República Federativa do Brasil, sendo indispensável como norteador para todo o ordenamento jurídico seja em qualquer seara do direito.

Alexandre de Moraes a conceitua da seguinte forma:

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.³⁸

Portanto, a dignidade da pessoa humana visa valorar aquilo que o ser humano tem de mais importante que está voltado para o íntimo do ser fazendo com que os direitos fundamentais sejam elevados, e que o direito atinja seus objetivos que é o de justiça.

Falar em dignidade da pessoa humana é voltar-se para as questões relativas ao respeito ao indivíduo. Logo, o dever de assistência mútua e de sustento entre os familiares é envolto pela garantia de um mínimo existencial, que deriva da dignidade da pessoa humana.

Ricardo Lobo Torres conceitua o mínimo existencial como sendo. “O mínimo por coincidir com o conteúdo essencial dos direitos fundamentais e por ser garantido a todos os homens, independentemente de suas condições de riqueza.”³⁹

Na concepção de Ricardo Lobo, o direito ao mínimo existencial não tem dicção constitucional própria, uma vez que a Constituição não o proclama de maneira direta, devendo-se procurá-lo nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana,

³⁷ SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016, p.2

³⁸ MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.66.

³⁹ TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**- 2. ed. – Rio de Janeiro: Renovar,2009, p.35 e 36.

da igualdade, do devido processo legal e da livre iniciativa, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão.⁴⁰

Seguindo essa mesma linha de raciocínio Nelson Rosewald é claro ao dizer que a partir do momento em que se tem a família constituída surge o dever de assistência mútua e de sustento, ou mesmo de solidariedade familiar, que ultrapassa os limites da prestação de deveres materiais. Vejamos:

Além do dever de assistência material com a prestação de alimentos, as pessoas que compõem uma família, reciprocamente, assumem o dever de assistência moral, de administração do patrimônio dos filhos, de guarda, sustento e educação em todos os seus sentidos.⁴¹

Nesse sentido, para o autor é imprescindível que considere o contido no princípio da paternidade responsável contida no artigo 226§7º da Constituição da República,⁴² pois o resguardo do mau planejamento familiar se dá exatamente para que o dever de sustento seja preservado. Assim, “o propósito do planejamento familiar, é, sem dúvidas, evitar a formação de núcleos familiares sem condições de sustento e de manutenção.⁴³

Através do princípio da paternidade responsável o legislador constitucional conferiu o dever de assistência mutua e de solidariedade entre os envolvidos nas relações familiares, independente da forma como foram constituídas.

Sobre o princípio da paternidade responsável:

O princípio da paternidade responsável, inserido no direito do estado de filiação, está também garantido implicitamente na Constituição Federal, no art. 227, pois é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar, colocando-os a salvo de toda forma de discriminação, vedando expressamente as designações discriminatórias relativas ao estado de filiação.⁴⁴

⁴⁰ TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**- 2. ed. – Rio de Janeiro: Renovar,2009, p.35 e 36.

⁴¹ ROSENVALD, Nelson, Faria Cristiano. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 9 ed., atul, Salvador: Editora Juspodvm, 2018 , p.53

⁴² Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas

⁴³ ROSENVALD, Nelson, Faria Cristiano. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 9 ed., atul, Salvador: Editora Juspodvm, 2018 , p.111.

⁴⁴ PIRES, Thiago José Teixeira. Princípio da paternidade responsável. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24305>>. Acesso em: 25 agos 2019

O dever de prestar alimentos está fundado na solidariedade humana. Porém, o ato vai além das simples justificativas morais ou sentimentais tornando-se um dever trazido por nosso ordenamento jurídico, por questão de ordem pública, por isso existem leis que determinam o dever de alimentar exatamente por entender o dever de sustento implícito na relação.

Para Rolf Madaleno a questão pode ser assim entendida:

Os pais tem em relação aos filhos um dever constitucional de sustento, assegurando a eles o direito à vida, à saúde física, à saúde mental, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, dentre outros direitos igualmente fundamentais. É uma das maneiras essenciais de atender estas necessidades básicas, estruturantes da vida de um descendente em formação é lhe assegurando o inteiro e pontual direito alimentar, especialmente como os pais se separam.⁴⁵

Importante sobressaltar que o dever de solidariedade e de sustento imperam durante todo o tempo da relação familiar, não apenas quando a prestação alimentícia se faz necessária. Esses deveres são, indispensável, durante toda a vida dos envolvidos na família.

A maioria civil não implica em dizer que cessou os deveres de assistência mútua e solidariedade familiar. Não é possível dizer essa assertiva sem considerar as particularidades de cada caso a ser analisado.

A maioria civil não interrompe o dever de sustento até mesmo porque não findou a solidariedade familiar. Aliás, se alguém pode ser compelido a prestar alimentos ao ascendente ou ao irmão que deles necessita, com idêntica motivação pode ser obrigado a prestá-los aos seus filhos, que maiores, quando estiverem em tais situações.⁴⁶

Desse modo, a solidariedade, como categoria ética e moral que se encontra arraizada no mundo jurídico, constitui um vínculo de sentimento racionalmente guiado, restrito e autodeterminado que confere a cada pessoa deveres de cooperação, assistência, amparo, ajuda e cuidado em relação às outras. A solidariedade tem sua importância aumentada no momento em que há a permissão da tomada de consciência da interdependência social.

⁴⁵ MADALENO, Rolf **Direito de Família**, 8ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018, p.426.

⁴⁶ ROSENVALD, Nelson, Faria Cristiano. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 9 ed., atul, Salvador: Editora Juspodvm, 2018 , p.746.

Assim, a ideia de assistência mútua, solidariedade familiar e de sustento, remete ao entendimento de que, é além de prestação de valores monetários, encontrando os resultados que sobrepõe as questões individualistas, partindo pra um entendimento maior.

CAPÍTULO II: O SALÁRIO MATERNIDADE

O salário maternidade faz parte do rol dos benefícios previdenciários pagos aos trabalhadores que fazem jus. No caso específico às gestantes ou adotantes.

A função do salário maternidade é a de proporcionar, durante do período após o nascimento ou adoção, a remuneração para que nesse tempo esteja se dedique à família em tempo integral

2.1 Comentários sobre os benefícios Previdenciários

Os benefícios previdenciários, conforme descrito na lei previdenciária, nesse mês de novembro de 2019 passaram por alterações com a denominada reforma da previdência, todavia aqui serão trazidos alguns comentários dando ênfase aos benefícios do salário maternidade que é o tema central da pesquisa.

A aposentadoria enquanto benefício previdenciário se divide em algumas espécies como a aposentadoria por tempo de serviço, por invalidez, por tempo de contribuição e aposentadoria especial.

Sobre a aposentadoria por tempo de contribuição também entendida como a aposentaria alcançada pela quantidade de contribuições é assim descrita por Carlos Alberto Pereira Castro que diz ser uma modalidade de aposentadoria ligada ao tempo de atividade do trabalhador.

A aposentadoria por tempo de atividade laborativa, razão pela qual, em que pese ter sido extinta a aposentadoria por tempo de serviço, permanece a noção de aposentadoria por tempo de atividade, com o surgimento de nova modalidade de jubilação.⁴⁷

Enquanto a aposentadoria por idade é voltada para aquele trabalhador que atingiu a idade prescrita pela lei, juntamente com o tempo de contribuição devido. Antes da Reforma Previdenciária, funcionava da seguinte forma o trabalhador urbano, fazia jus a esse tipo de aposentadoria aos 65 anos, enquanto a mulher aos 60 poderia se aposentar por idade.

⁴⁷ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de, João Batista Lazzari. **Manual de Direito Previdenciário** – 20. ed. rev., atual. e ampl.– Rio de Janeiro: Forense, 2017.p.452.

No que se refere ao trabalhador rural a idade passava a 60 anos para homens e 55 para mulheres dadas as condições de trabalho rural que são, em sua maioria, braçais, demandando esforços de ordem física, com um mínimo de contribuição igual ou superior a 180 contribuições.

Com as mudanças a aposentadoria por idade passa a ser de 62 anos para as mulheres que desejam se aposentar por idade, permanecendo os 65 anos como requisito para os homens, isso no que se refere ao trabalhador urbano e o tempo de contribuição também aumenta de 180 para 240 contribuições, ou seja de 15 para 20 anos.

Já aposentadoria por invalidez é o benefício concedido aos trabalhadores decorrente de sua incapacidade para o trabalho. Conforme Hugo Goes⁴⁸ a aposentadoria por invalidez é devida ao segurado que, possui a capacidade de segurado no INSS, sendo considerado incapaz para o trabalho e insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

No que se refere a aposentadoria por invalidez a PEC 35/2019 (Reforma da Previdência) traz a determinação de um período mínimo de contribuição igual ou superior a 12 meses e a qualidade de segurado daquele que pretende se aposentar por invalidez

Para a concessão do benefício é de suma importância atentar aos critérios da legislação previdenciária sobre a necessidade de realização de perícia técnica, com profissional especializado na área capaz de detectar a impossibilidade laboral de quem faz o pedido.

Não tem direito à aposentadoria por invalidez que, aos se filiar à previdência Social, já tiver doença ou lesão que geraria o benefício. A não ser quando a incapacidade resultar no agravamento da enfermidade. Quem recebe aposentadoria por invalidez tem que passar por perícia médica de dois em dois anos, ou prazo estipulado pela previdência, senão, o benefício será suspenso.⁴⁹

A aposentadoria, em tese, deixa de ser paga automaticamente quando o segurado recupera a capacidade laborativa e volta ao trabalho. Mas o que vem

⁴⁸ GOES, Hugo Medeiros de. **Resumo de Direito Previdenciário**, 3.ed. Rio de Janeiro: Ed. Ferreira, 2015, p.59

⁴⁹ GOES, Hugo Medeiros de. **Resumo de Direito Previdenciário**, 3.ed. Rio de Janeiro: Ed. Ferreira, 2015, p.64

acontecendo na prática é uma realidade totalmente diferente da descrita no texto, pois os médicos examinadores não se preocupam em saber se o indivíduo melhorou ou não, simplesmente negam a concessão do benefício.

A aposentadoria especial para Ibrahim Zambitte é o tipo de aposentadoria mais complexa dentro do ordenamento jurídico, com maior dificuldade de entendimento dada as particularidades que nela existem:

A aposentadoria especial, ao contrário do que possa parecer, é um dos mais complexos benefícios previdenciários, não sendo exagero considerá-lo o que produz maior dificuldade de compreensão e aplicação de seus preceitos. Grande parte desta dificuldade decorre das constantes alterações da legislação, que sempre trazem novas regras, sendo algumas derrubadas pelo Judiciário.⁵⁰

Não há idade pré-determinada para a aposentadoria especial, sendo concedida após quinze, vinte ou vinte e cinco anos em áreas que representam risco à saúde ou a vida humana. Sendo devida a quem é exposto a agentes químicos, físicos ou biológicos, como, por exemplo, que trabalha em área de risco com energia elétrica.

Nesse caso, os trabalhadores já são previamente entendidos como especiais e recebem os adicionais referente aos casos específicos, como o de periculosidade e insalubridade descritos na Consolidação da Lei do Trabalho.

Especificamente quando aos funcionários públicos esse precisam ter pelo menos vinte anos comprovados de exercício no serviço público e há pelo menos cinco anos no cargo

Auxílio Acidente, é o benefício pago ao trabalhador que sofre um acidente e fica com sequelas que reduzem sua capacidade laboral, é também concedido para segurados que percebiam mensalmente o auxílio-doença.⁵¹

São detentores de direito de recebimento desse tipo de auxílio aquele trabalhador que tem condição de segurando do INSS com carência de contribuição de no mínimo doze meses, ressalvados os casos de dispensa e a comprovação da incapacidade laboral que também será detectada através de perícia médica

Para concessão do auxílio-acidente não é exigido tempo mínimo de contribuição, mas o trabalhador deve ter qualidade de segurado e comprovar

⁵⁰ ZAMBITTE, Ibrahim Fábio **Curso de Direito Previdenciário**, 20 ed, São Paulo: Ímpetus, 2017, p.622.

⁵¹ BRASIL, Ministério da Previdência Social, **Auxílio Doença**. Disponível em http://www.dataprev.gov.br/servicos/auxdoe/auxdoe_ajuda_req.htm. Acesso em 05 out 2019

a impossibilidade de continuar desempenhando suas atividades, por meio de exame da perícia médica da Previdência social⁵².

Auxílio doença e auxílio acidente não se confundem, pois o auxílio acidente tem um período de recuperação do sinistro e enquanto isso o benefício é concedido, enquanto no auxílio doença em sendo identificada a doença que impede o labor o segurado fica recebendo o benefício, que pode ser renovável enquanto for preciso, mas que tem um tempo também para terminar, tal seja a recuperação da saúde e da capacidade de labor do segurado.

auxílio-doença é benefício temporário, pois perdura enquanto houver convicção, por parte da perícia médica, da possibilidade de recuperação ou reabilitação do segurado, com o conseqüente retorno à atividade remunerada. A grande diferença entre este benefício e a aposentadoria por invalidez diz respeito, justamente, à natureza temporária da incapacidade protegida pelo auxílio-doença, que não existe, em regra, na aposentadoria por invalidez.⁵³

A partir do momento em que a incapacitação para o trabalho incidir por mais de quinze dias consecutivos, terá o trabalhador o direito ao auxílio-doença. Nesses casos é possível dizer que o contrato fica suspenso. Com isso, não há a contagem de prazo para a empresa e também a desobrigação em pagar aos salários.

Nos 15 primeiros dias de afastamento da atividade por motivo de doença, caberá à empresa pagar o salário integral do empregado. No caso da existência de relação de emprego, o contrato de trabalho fica interrompido, tendo a empresa de contar como tempo de serviço os primeiros 15 dias de afastamento e pagar os salários correspondentes.⁵⁴

A reforma trabalhista não fez alterações no que se refere ao auxílio acidente e o auxílio saúde, por isso permanece as condições atuais de concessão do benefício.

Referente à pensão por morte com as alterações trazidas pela Reforma da Previdência instituiu-se uma exigência do cumprimento de 18 (dezoito) contribuições do segurado. Pode não ser uma carência propriamente dita, mas não havendo essas

⁵²BRASIL, Ministério da Previdência Social **Auxílio Acidente**. Disponível em: previdenciasocial.gov.br/conteudoDinamico.php?id=20. Acesso em 28 out 2019

⁵³ ZAMBITTE, Ibrahim Fábio **Curso de Direito Previdenciário**, 20 ed, São Paulo: Ímpetus, 2017, p.643

⁵⁴ SILVA, Wesley Adileu Gomes e, A aposentadoria por idade mista – entre o segurado especial e o trabalhador urbano. Disponível em http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14224&revista_caderno=20. Acesso em 05 nov 2019

contribuições a pensão será concedida apenas por 4 (quatro) meses a contar da data do óbito.

Se antes para o companheiro (a), o (a) cônjuge divorciado (a) ou separado (a) judicialmente ou de fato, a pensão era vitalícia de forma automática, agora somente será, se este, na data do óbito tiver 44 (quarenta e quatro) anos ou mais e se, atendido às seguintes exigências:

Mínimo de 18 contribuições vertidas pelo segurado até a ocorrência do óbito;
Tempo mínimo de casamento ou união estável de 2 anos.
A pensão por morte agora tem duração máxima variável, conforme a idade e o tipo do beneficiário.⁵⁵

A pensão terá duração de apenas 4 (quatro meses), quando: O óbito ocorrer sem que o segurado tenha realizado 18 contribuições mensais à Previdência Social; ou se o casamento ou união estável se iniciou em menos de 2 anos antes do falecimento do segurado.⁵⁶

A pensão por morte é devida aos dependentes daquele que cumpriu com suas obrigações previdenciárias, estando diretamente relacionada à sua duração ao tempo de expectativa de vida de seus beneficiários, resguardando, também frações iguais dentre os dependentes da mesma categoria, permitindo que haja igualdade na concessão para aqueles que dependiam economicamente do beneficiário direto.

2.2.1 Salário maternidade

Sobre o salário maternidade, benefício previdenciário voltado ao problema de pesquisa dessa monografia é possível afirmar que é devido as mulheres seguradas do INSS em qualquer categoria de contribuição. Assim, “No campo previdenciário, evidencia-se a proteção da mulher gestante pela concessão do benefício denominado salário maternidade com duração em regra geral de 120 dias.”⁵⁷

Esse tipo de benefício deve ser concedido mesmo se houver aborto, casos de natimortos, anecéfalos, e mesmo quando a mulher tem a chamada gestação do

⁵⁵ BRASIL, Lei 13.135/15. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13135.htm. Acesso em 10 set 2019

⁵⁶ SALOMÃO, Paula Maria Cassemiro **Pensão por morte e as alterações trazidas pela Lei 13.135/2015**. Disponível em <http://paulamcasi.jusbrasil.com.br/artigos/223313016/pensao-por-morte-e-as-alteracoes-trazidas-pela-lei-13135-2015>. Acesso em 15 set 2019

⁵⁷ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de, João Batista Lazzari. **Manual de Direito Previdenciário** – 20. ed. rev., atual. e ampl.– Rio de Janeiro: Forense, 2017.p.555.

coração, sendo devido ao período de convivência entre a mulher e aquele filho que será adotado ou está sob sua guarda.

O salário-maternidade é devido à segurada e m pregada, trabalhadora avulsa, empregada doméstica, contribuinte individual, facultativa ou segurada especial, durante 120 (cento e vinte) dias, c o m início até 28 (vinte e oito) dias anteriores ao parto e término 91 dias depois dele, considerando, inclusive, o dia do parto. Naturalmente, a regra exposta não é rígida, ou seja, se a segurada continua a trabalhar até o parto, terá a inda o direito aos 120 (cento e vinte) dias de licença, com o respectivo pagamento de salário-maternidade durante todo o período. Atualmente, a adotante também possui direito a o salário-maternidade. Tal direito foi reconhecido pela Lei nº 10.421/2002. Em sua redação original, previa o benefício pelo período de 120 (cento e vinte) dias, se a criança tivesse até 1 (um) a n o de idade; de 60 (sessenta) dias, se a criança tivesse entre 1 (um) e 4 (quatro) anos de idade ; e de 3 0 (trinta) dias, se a criança tivesse de 4 (quatro) a 8 (oito) anos de idade.⁵⁸

O benefício do salário maternidade será pago durante 120 dias e poderá ter início até 28 dias antes do parto. Se concedido antes do nascimento da criança, a comprovação será por atestado médico, se posterior ao parto, a prova será a certidão de nascimento⁵⁹.

À segurada da previdência social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança, é devido salário-maternidade durante os seguintes períodos: “120 dias, se a criança tiver até 01 ano completo de idade;60 dias, se a criança tiver de 01 a 04 anos completos de idade;’30 dias, se a criança tiver de 04 anos até completar 08 anos de idade.⁶⁰

No caso de adoção de mais de uma criança, simultaneamente, a segurada terá direito somente ao pagamento de um salário-maternidade, observando-se o direito segundo a idade da criança mais nova.

Para concessão do salário-maternidade, não é exigido tempo mínimo de contribuição das trabalhadoras empregadas domésticas e trabalhadoras avulsas, desde que comprovem filiação nesta condição na data do afastamento para fins de salário maternidade ou na data do parto.

A partir do mês de agosto de 2018 as mulheres podem requerer o benefício do auxilio maternidade nos cartórios de registro civil no momento em que for proceder o

⁵⁸ ZAMBITTE, Ibrahim Fábio **Curso de Direito Previdenciário**, 20 ed, São Paulo: Ímpetus, 2017, p.657

⁵⁹ BRASIL, Ministério da Previdência Social **Auxilio Maternidade**. Disponível em: previdenciasocial.gov.br/conteudoDinamico.php?id=20 Acesso em 28 out 2019

⁶⁰ BRASIL, Ministério da Previdência Social **Auxilio Maternidade**. Disponível em: previdenciasocial.gov.br/conteudoDinamico.php?id=20. Acesso em 28 out 2019

registro civil da criança. Trata-se de uma inovação que busca a facilitação da concessão desse benefício às mulheres que dele precisam.

CAPÍTULO III: A POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DO SALÁRIO MATERNIDADE AOS PREMATUROS

A possibilidade de extensão do salário maternidade ao nascituro, além de reconhecimento da personalidade jurídica, faz com que o descrito no princípio da dignidade humana com a relação de afetividade que envolve as relações familiares seja mantido.

A partir daqui passa a descrever sobre a possibilidade de extensão do salário maternidade ao nascituro

3.1A necessidade de estabelecimento de vínculo materno

Os tribunais têm reconhecido a possibilidade de extensão do salário maternidade aos prematuros, incluindo o tempo de internação desses recém-nascidos em UTI, devido a particularidade de suas gestações.

No caso abaixo colacionado o reconhecimento da extensão do prazo da licença maternidade se deu devido ao reconhecimento da indispensabilidade do cuidado materno e a manutenção do vínculo entre mãe e o recém-nascido.

Veja o que diz o ementário

PREVIDENCIÁRIO. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ADEQUAÇÃO AO ENTENDIMENTO DA TRU DA 4ª REGIÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO INSS. SALÁRIO-MATERNIDADE. PARTO PREMATURO. INTERNAÇÃO EM UTI NEONATAL. PRORROGAÇÃO DO BENEFÍCIO. POSSIBILIDADE QUANDO DEMONSTRADA A INDISPENSABILIDADE DO CUIDADO MATERNO. RECURSO DO INSS IMPROVIDO.

1. Conforme firme entendimento da TNU, o salário-maternidade pode ser pago diretamente pelo INSS mesmo nos casos de dispensa sem justa causa pelo empregador (PEDILEF 50413351920114047100). A relação previdenciária é estabelecida entre o segurado e a Autarquia e não entre aquela e o empregador. Considerar que a demissão imotivada no período de estabilidade da empregada importa no dever do empregador de pagar o salário-maternidade no lugar da previdência social seria transmutar um benefício previdenciário em indenização trabalhista. Logo, deve ser reconhecida a legitimidade passiva do INSS e a competência da Justiça Federal.

2. É possível a prorrogação da licença maternidade pelo período de internação hospitalar do recém-nascido em unidade de terapia intensiva neonatal quando demonstrada a indispensabilidade do cuidado materno.

3. Recurso do INSS improvido.⁶¹

Ao emanar seu voto o juiz relator do caso Jurandir Borges Pinheiro é enfático em entender que o vínculo entre mãe e o bebê deve existir desde o nascimento, sendo imprescindível ao desenvolvimento sadio e seguro.

O contato físico é reconhecido pelo magistrado como essencial ao desenvolvimento da criança que nasceu prematura.

Esse tipo de comunicação tem um papel fundamental no desenvolvimento social e emocional da criança. (...). Isso contribui enormemente no desenvolvimento da autoestima da criança.

Isso acontece porque nos seis primeiros meses ele necessita de atenção e cuidados constantes para se sentir seguro em relação a você e a si próprio. (...) e se tornar, posteriormente, uma pessoa forte, segura e autossuficiente. (...) o contato físico é importante para a formação do vínculo afetivo mãe-bebê. Assim, as relações iniciais entre o bebê e a mãe mostram-se cruciais para o desenvolvimento das primeiras relações afetivas entre a díade.⁶²

Prossegue o relator com os dizeres de que a questão deve ser observada por vários ângulos a fim de que se tenha uma decisão, seja durante ou após a alta hospitalar.

A convivência da criança com seus pais, especialmente a mãe, durante o período de internação e após a alta hospitalar vão permitir a formação do vínculo familiar que vai iniciar-se num período difícil para as duas partes, pois a mãe passará por toda a angústia da espera, enquanto o recém-nascido vai lutar por sua sobrevivência.

A questão que emerge, portanto, consiste em definir se o período legalmente previsto de afastamento deve ter como marcos os eventos objetivamente considerados 'parto ou adoção' e o decurso de 120 (cento e vinte) dias ou, como pretende a parte autora, que possa contar com este período a partir do

⁶¹ BRASIL, TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. **RECURSO CÍVEL Nº 5002059-47.2017.4.04.7107/RS**

RELATOR: JUIZ FEDERAL JURANDI BORGES PINHEIRO Data do julgamento 17/07/2018. Disponível em https://eproc.jfrs.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=711532098358042011313682559569&evento=5027&key=b64597bcea41fb7f815f0f01e4b921791c176ff99fff4710ebfda85dc3b71333&hash=89d275fc4f1c44e7eef6fb59bd2d96c1. Acesso em 22 out 2019

⁶² BRASIL, TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. **RECURSO CÍVEL Nº 5002059-47.2017.4.04.7107/RS**

RELATOR: JUIZ FEDERAL JURANDI BORGES PINHEIRO Data do julgamento 17/07/2018. Disponível em https://eproc.jfrs.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=711532098358042011313682559569&evento=5027&key=b64597bcea41fb7f815f0f01e4b921791c176ff99fff4710ebfda85dc3b71333&hash=89d275fc4f1c44e7eef6fb59bd2d96c1. Acesso em 22 out 2019

seu efetivo convívio com o filho recém-nascido. É dizer, no caso em análise, a partir da alta hospitalar.

Para encontrar uma resposta adequada, entendo por oportuno retirar e transcrever, novamente, algumas informações importantíssimas constantes nos artigos acima:

- O bebê está saudável se exigir alimento a cada 1 1/2 a 2 1/2 horas, parecer satisfeito depois da alimentação, mama em ambos os peitos de cada vez (...).
- Aos três meses, o bebê será mestre na linguagem do sorriso. (...) Ele usará o corpo todo para se comunicar com você.⁶³

Feitas essas colocações o Tribunal, diante do caso concreto não viu a possibilidade de negar o pedido, concedendo, portanto, a extensão do período de licença maternidade a contar do dia do parto, ampliando, no caso específico em 85 (oitenta e cinco) dias.

Esse entendimento concretiza a hipótese levantada nessa pesquisa em que reconhece a possibilidade de ampliar o prazo da licença maternidade.

As particularidades que envolve o parto prematuro e os cuidados especiais que devem ser dados, após a alta o período de adaptação em casa justificam a medida tomada.

3.2 A falta de previsão legal e entendimentos unânimes

A falta de previsão legal que permite a extensão do prazo da licença maternidade no caso dos prematuros tem causado insegurança em muitas mulheres trabalhadoras que se vem na obrigação de recorrer à justiça para poder exercerem a maternidade no período de internação da criança recém-nascida.

Como exposto anteriormente o contato entre a mãe e o bebê é indispensável para o pleno desenvolvimento e sem essa previsibilidade muitas mulheres se vem na obrigação de deixar seu emprego para poder acompanhar seus filhos, já que o lapso temporal nem sempre é adequado ao período de internação, alta hospitalar e adaptação em casa.

⁶³ BRASIL, TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. **RECURSO CÍVEL Nº 5002059-47.2017.4.04.7107/RS RELATOR:** JUIZ FEDERAL JURANDI BORGES PINHEIRO Data do julgamento 17/07/2018. Disponível em https://eproc.jfrs.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=711532098358042011313682559569&evento=5027&key=b64597bc_ea41fb7f815f0f01e4b921791c176ff99fff4710ebfda85dc3b71333&hash=89d275fc4f1c44e7eef6fb59bd2d96c1. Acesso em 22 out 2019

Dessa feita, a prorrogação da licença-maternidade e, conseqüentemente, do salário-maternidade nos casos de parto prematuro é necessária para assegurar a consecução dessas normas constitucionais.

Ademais, a licença-maternidade é voltada à proteção da saúde da mãe e da criança, para permitir um período de convivência entre mãe e filho necessário ao desenvolvimento dos vínculos afetivos e assegurar o bem-estar do bebê.

Quando o recém-nascido é prematuro e precisa ficar submetido a internação em UTI neonatal, é razoável supor que a consecução daqueles objetivos exige que a licença-maternidade seja contada a partir do momento em que o bebê tem alta hospitalar e pode de fato iniciar sua convivência com a mãe e a família no recinto do lar.⁶⁴

As mulheres gestantes que contribuem para a previdência social têm direito ao salário-maternidade a partir do oitavo mês de gravidez, desde que apresentem documentos médicos que comprovem a situação física. Caso não requeira o benefício nesse momento, a gestante pode requerer o benefício após o nascimento do filho.

Se a trabalhadora estiver empregada, é só comunicar ao RH da sua empresa, que fará a solicitação do Salário Maternidade diretamente, além de prestar todas as orientações necessárias a funcionária.

O salário-maternidade é um benefício previdenciário custeado pelo INSS e que é pago com a finalidade de garantir para a gestante uma remuneração provisória para que ela possa ficar sem trabalhar e poder cuidar de seu filho recém-nascido.

Não cabe nesse momento de o ordenamento jurídico haver lacunas legais que vão comprometer a segurança jurídica, principalmente quando se fala em licença maternidade.

Nesse sentido, considera-se lacuna como a falta de existência de uma norma que pretende regulamentar diante da para regular um caso concreto, ou seja, quando a lei se torna silente. Remeter ao conceito de lacuna implica na afirmativa de que o direito objetivo não proporciona, num primeiro momento, uma solução para o desentrelhe de uma questão jurídica.

⁶⁴ Santos, Ricardo Santos. **Salário maternidade em parto prematuro pode ser prorrogado**. Revista eletrônica CONJUR. disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-mai-19/salario-maternidade-prorrogado-parto-prematuro>. Acesso em 23 out 2019.

Conforme expressa Maria Helena Diniz, lacuna pode ser conceituada da seguinte forma:

Lacuna é uma imperfeição insatisfatória dentro da totalidade jurídica, representa uma falha ou uma deficiência do sistema jurídico. [...] faltas ou falhas de conteúdos de regulamentação jurídico-positiva para determinadas situações fáticas, que admitem sua remoção por uma decisão judicial jurídico-integradora.⁶⁵

Já Humberto Ávila expressa o seguinte conceito sobre lacunas:

Uma lacuna é uma incompletude contrária ao plano normativo (aferível) no âmbito do direito positivo (isto é, da lei no âmbito do seu possível sentido literal e do direito consuetudinário), mensurada pelo critério aferidor de todo o ordenamento jurídico vigente. Ou: constatamos uma lacuna quando a lei, nos limites do seu possível sentido literal e do direito consuetudinário não contém uma regra, embora o ordenamento jurídico na sua totalidade a exija⁶⁶

A partir do momento em que se tem uma outra visão sobre a problemática da existência ou não de lacunas no direito encontra-se com uma estrutura complexa que reveste o mundo do direito, podendo dizer que as lacunas são também entendidas como uma questão que demanda maior entendimento na aplicação do caso concreto.

Deste modo, ao constatar a existência de uma lacuna dentro do ordenamento jurídico, é função do intérprete e operador do direito, lançar mão de todos os artifícios existentes para que possa cobri-la

Assim, para corrigir a existência de uma lacuna na lei, ou seja, quando ela se tornar silente é permitido ao julgador aplique ao caso concreto a analogia.

Costuma-se fazer referência, em geral, a um raciocínio ou procedimento argumentativo que permite transferir a solução prevista para um outro determinado caso, a outro não regulado pelo ordenamento jurídico, mas que comparte com o primeiro, certos caracteres essenciais ou a mesma suficiente razão, isto é, vinculam-se por uma matéria relevante 'simili' ou a pari.⁶⁷

Por analogia entende-se como método de interpretação diante da existência de uma lacuna legal. Assim, com o conceito de analogia: "Consiste em um método de interpretação jurídica utilizado quando, diante da ausência de previsão específica em

⁶⁵ DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.70

⁶⁶ ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.439

⁶⁷ PRADO, Luiz Regis. **Argumento análogo em matéria penal**, artigo publicado pela Revista de Ciências Jurídicas. Maringá. Publicação oficial do curso de Mestrado em Direito da Universidade Estadual de Maringá, Maringá, nº 1, 1997. p. 162.

lei, aplica-se uma disposição legal que regula casos idênticos, semelhantes, ao da controvérsia.”⁶⁸

O uso da analogia deve se dar quando inexistente uma norma legal que regulamente a matéria em questão, mediante a análise de casos idênticos ou que guardem semelhança com o caso concreto a ser julgado

Desse modo, enquanto não há previsão legal para a extensão do prazo da licença maternidade de forma a alcançar a etapa de internação do bebê prematuro, cabe ao ordenamento jurídico reconhecer essa necessidade e facilitando essa etapa para a mãe.

A facilitação desse processo de forma rápida e célere vem contribuir com a realização de justiça nesse sentido, visto que a mãe está demasiadamente fragilizada por possuir um filho que luta pela sobrevivência em um leito de UTI e ainda precisa se preocupar com demandas judiciais que visam garantir sua estada ao lado de seu filho.

⁶⁸ SIMÃO, José Fernando. DEQUECH, Luciano. **Elementos do Direito: Direito Civil**. São Paulo: Prima Cursos Preparatório, 2018. Disponível em <https://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/1131/Analogia-Novo-CPC-Lei-no-13105-2015>. Acesso em 09/04/2019

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ordenamento jurídico como um todo deve ser de acordo com o contido na Constituição da República, e não foge aos princípios ali inseridos, sejam implícitos ou explícitos.

Desse modo, a preservação da vida humana, visto ser o bem jurídico maior tutelado pelo direito, nos padrões de dignidade da pessoa humana deve ser salientado.

Quando se fala em dignidade da pessoa humana, é possível perceber que é algo complexo e abrangente, mas que é todo voltado ao respeito, cuidado, manutenção e preservação dos seres humanos, por conseguinte a vida humana.

A criança deve ser protegida desde o ventre materno, a partir da concepção, nascimento, crescimento, com pleno desenvolvimento. Quando ocorre o parto prematuro esse entendimento deve prevalecer, principalmente por se tratar de bebês que precisam de cuidados especiais.

Os cuidados que devem ser dados aos prematuros estendem aos cuidados médicos e hospitalares visto que ainda estão em desenvolvimento sendo imprescindível os cuidados afetuosos para o pleno desenvolvimento.

O salário maternidade tem a função de permitir o contato da mãe com o filho recém-nascido exatamente para cumprir essa relação de afeto que, como já dito, é indispensável para o desenvolvimento completo da criança.

Diante disso, pugna-se pela possibilidade de extensão do benefício do salário maternidade para mães que tiveram seus filhos prematuros, devem ter o benefício da licença maternidade ampliados.

Assim, o prazo para a contagem do tempo da licença deve se dar a partir do momento em que há a alta hospitalar e a criança possa efetivamente ir para casa e iniciar o verdadeiro convívio familiar.

Não é possível dizer que o período de internação não há convivência familiar, porém é um tempo atribulado para todos, principalmente para a mãe e a criança que como o próprio nome já diz veio ao mundo prematuramente.

Os laços de afetividade devem prevalecer nesse sentido, permitindo que o vínculo entre mãe e filho(a) seja consolidada e forma efetiva, cumprindo os fins para os quais a licença maternidade existe.

A licença maternidade enquanto direito social deve ser entendida de forma ampla, não permitindo interpretações que neguem o direito à verdadeira e completa convivência familiar.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PREMATUROS. **O bebê prematuro**. Disponível em <http://prematividade.com/index.php/interna-post/o-bebe-prematuro-6000>. Acesso em 24 abr 2018

ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BACK, Caroline Bourdot. **O direito de licença-maternidade especial para mães de filhos prematuros**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/55170>>. Acesso em: 24 abr. 2018.

BRASIL, CÓDIGO CIVIL , *VADE MECUM* são Paulo: Saraiva, 2018, p.269

BRASIL, Lei 13.135/15. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13135.htm. Acesso em 10 set 2019

BRASIL, Ministério da Previdência Social **Auxílio Acidente**. Disponível em: previdenciasocial.gov.br/conteudoDinamico.php?id=20. Acesso em Acesso em 28 out 2019

BRASIL, Ministério da Previdência Social **Auxílio Maternidade**. Disponível em: previdenciasocial.gov.br/conteudoDinamico.php?id=20 Acesso em 28 out 2019

BRASIL, Ministério da Previdência Social, **Auxílio Doença**. Disponível em http://www.dataprev.gov.br/servicos/auxdoe/auxdoe_ajuda_req.htm. Acesso em 05 out 2019

BRASIL, TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4º REGIÃO. **RECURSO CÍVEL Nº 5002059-47.2017.4.04.7107/RS**

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de, João Batista Lazzari. **Manual de Direito Previdenciário** – 20. ed. rev., atual. e ampl.– Rio de Janeiro: Forense, 2017..

DIAS, Maria Berenice **Manual de Direito das Famílias**. 8 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.28

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.70

FREITAS, Daniele Xavier. **Princípio da paternidade responsável**. Disponível em <https://daniellixavierfreitas.jusbrasil.com.br/noticias/144731896/principio-da-paternidade-responsavel>. Acesso em 01 set 2019

GOES, Hugo Medeiros de. **Resumo de Direito Previdenciário**, 3.ed. Rio de Janeiro: Ed. Ferreira, 2015, p.64

MADALENO, Rolf **Direito de Família**, 8ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

MENDONÇA, Vinicius Barbosa **Direito Previdenciário Para Concursos Públicos**/Vinicius Barbosa Mendonça. - Juiz de Fora: Edição *on line*, 2018, p. 52.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PIRES, Thiago José Teixeira. Princípio da paternidade responsável . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24305>>. Acesso em: 25 agos 2019

PRADO, Luiz Regis. **Argumento analógico em matéria penal**, artigo publicado pela Revista de Ciências Jurídicas. Maringá. Publicação oficial do curso de Mestrado em Direito da Universidade Estadual de Maringá, Maringá, nº 1, 1997.

Rodrigo da Cunha Pereira, **Direito de família** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.21

ROSENVALD, Nelson, Faria Cristiano. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 9 ed., atual, Salvador: Editora Juspodvm, 2018 , p.53

SALOMÃO, Paula Maria Cassemiro **Pensão por morte e as alterações trazidas pela Lei 13.135/2015**. Disponível em <http://paulamcasi.jusbrasil.com.br/artigos/223313016/pensao-por-morte-e-as-alteracoes-trazidas-pela-lei-13135-2015>. Acesso em 15 set 2019

SANTOS, Ricardo Santos. **Salario maternidade em parto prematuro pode ser prorrogado**. Revista eletrônica CONJUR. disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-mai-19/salario-maternidade-prorrogado-parto-prematuro>. Acesso em 23 out 2019.

SANTOS, Roberto de Carvalho. **Direito Previdenciário**. Belo Horizonte: IEPREV, 2018.,

SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24^a ed. São Paulo:Malheiros Editores, 2010.

SILVA, Wesley Adileu Gomes e, A aposentadoria por idade mista – entre o segurado especial e o trabalhador urbano. Disponível em http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14224&revista_caderno=20. Acesso em 05 nov 2019

SIMÃO, José Fernando. DEQUECH, Luciano. **Elementos do Direito: Direito Civil**. São Paulo: Prima Cursos Preparatório, 2018.Disponível em <https://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/1131/Analogia> -Novo-CPC-Lei-no-13105-2015. Acesso em 09/04/2019

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**- 2. ed. – Rio de Janeiro: Renovar,2009.

UNICEF BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em:

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil, Direito de Família. 11º Ed. Editora Atlas SA. São Paulo, 2016.

VIGO, Phillipe **As famílias poliafetivas**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/58673/familias-poliafetivas-e-a-sucessao-legitima/4>. Acesso em 15 agos 2019

ZAMBITTE, Ibrahim Fábio **Curso de Direito Previdenciário**, 20 ed, São Paulo: Ímpetus, 2017.