

[Previdência e Gênero]

## PROTEÇÃO SOCIAL À MATERNIDADE: BENEFÍCIO SALÁRIO-MATERNIDADE E ASPECTOS JURISPRUDENCIAIS RELEVANTES

Laís Lopes Francelino<sup>1</sup>Miguel Horvath Júnior<sup>2</sup>

### Resumo

O presente artigo tem como objetivo analisar a proteção social à maternidade por meio da evolução legislativa e das recentes decisões judiciais envolvendo o benefício salário-maternidade. Utilizando o método científico dedutivo e a pesquisa bibliográfica, de abordagem qualitativa e descritiva, discorreu-se sobre a proteção internacional à maternidade dada pela Organização Internacional do Trabalho, que, gradativamente, ampliou o direito à licença-maternidade. Posteriormente, a evolução legislativa brasileira do salário-maternidade foi abordada, constatando-se que tal benefício, inicialmente de caráter individual, vem sofrendo um processo de transmutação e ampliação para se tornar um benefício familiar. Ato contínuo, procedeu-se à análise de decisões recentes proferidas no Poder Judiciário sobre o tema, constatando-se que o Poder Judiciário tem atuado na extensão da proteção à maternidade, contudo, por vezes extrapolando sua função, em evidente ativismo judicial. Por fim, concluiu-se que, embora a legislação tenha evoluído, há pontos que precisam ser aprimorados para garantir efetiva proteção através do salário-maternidade. Neste aspecto, o Poder Judiciário tem exercido um papel relevante na garantia da proteção à maternidade, no entanto, é preciso cautela e equilíbrio ao buscar a expansão dessa proteção, sob pena de incorrer em ativismo judicial e subtrair a competência outorgada constitucionalmente aos Poderes Legislativo e Executivo.

**Palavras-chave:** Maternidade. Proteção social. Salário-maternidade. Jurisprudência.

## SOCIAL PROTECTION FOR MATERNITY: MATERNITY PAY BENEFIT AND RELEVANT JURISPRUDENTIAL ASPECTS

### Abstract

This article aims to analyze social protection for maternity through legislative evolution and recent judicial decisions involving maternity pay benefits. Using the deductive scientific method and bibliographic research, with a qualitative and descriptive approach, the study discusses international maternity protection provided by the International Labour Organization, which has gradually expanded the right to maternity

<sup>1</sup> Mestranda em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica (PUC-SP). Bolsista pela CAPES. Especialista em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica (PUC Minas). Advogada/SP. Professora assistente voluntária no curso de Graduação em Direito da PUC-SP.

<sup>2</sup> Livre-Docente em Direito Previdenciário, Doutor em Direito das Relações Sociais e Mestre em Direito Previdenciário, todos pela Pontifícia Universidade Católica (PUC-SP). Especialista em Direito Processual Civil pela UniFMU. Procurador Federal. Professor da PUC-SP. Autor de obras jurídicas

leave. Subsequently, the article addresses the evolution of maternity leave legislation in Brazil, noting that this benefit, initially individual in nature, has undergone a process of transformation and expansion to become a family benefit. Following this, the article analyzes recent judicial decisions on the subject, finding that the judiciary has acted to extend maternity protection, though at times exceeding its role, in evident judicial activism. Finally, it concludes that while legislation has evolved, there are aspects that need improvement to ensure effective protection through maternity leave. In this regard, the judiciary has played a significant role in safeguarding maternity protection; however, caution is needed when seeking to expand this protection to avoid judicial activism and encroach upon the constitutionally granted powers of the Legislative and Executive Branch.

**Keywords:** Maternity. Social protection. Maternity pay. Jurisprudence.

## 1 INTRODUÇÃO

A proteção social à maternidade representa um pilar fundamental do Estado de bem-estar social. No Brasil, esta proteção se instrumentaliza principalmente através do benefício salário-maternidade, que tem sido objeto de significativas transformações legislativas e interpretações judiciais.

O benefício salário-maternidade, assim como outros tipos de benefícios, consiste em uma espécie de prestação previdenciária, a qual visa garantir proteção contra riscos e contingências sociais.

Para Ulrich Beck (2002, p. 5) risco “es el enfoque moderno de la previsión y control de las consecuencias futuras de la acción humana, las diversas consecuencias no descartadas de la modernización radicalizada.”

Miguel Horvath Júnior (2022, p. 74-75) distingue risco social e contingência social: o risco social é um evento involuntário que produz um dano sob a ótica econômica; a contingência social, por sua vez, é um evento capaz de gerar perda ou redução na renda, ou ainda um aumento de gastos, mas não necessariamente é involuntário ou causa prejuízo econômico.

Desta forma, a maternidade consiste em uma contingência social (Horvath Júnior, 2022, p. 75).

Tanto os riscos sociais como as contingências sociais (incluindo a maternidade) têm se modificado na sociedade pós-moderna. Mudanças sociais, culturais e econômicas resultaram em alterações na instituição família e, conseqüentemente, na maternidade. Neste sentido dispõe Ulrich Beck:

Após a democratização política (o estado democrático) e a democratização social (o estado de bem-estar), uma democratização cultural está transformando os fundamentos da família, das relações de gênero, do amor, da sexualidade e da intimidade. Nossas declarações sobre a liberdade estão começando a se tornar fatos e a desafiar as bases da vida cotidiana, assim como a política global. Sendo filhos da liberdade, vivemos em condições de democracia radicalizada, para as quais muitos dos con-

ceitos e fórmulas da primeira modernidade se tornaram inadequados.<sup>3</sup>  
(Beck, 2002, p. 15-16, tradução livre)

Assim, diante dessas mudanças, a forma de proteger a contingência social maternidade, através do salário-maternidade, também precisou ser modificada com o tempo.

No contexto internacional da proteção à maternidade, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) estabeleceu base crucial para o desenvolvimento e a ampliação dos direitos relacionados à licença-maternidade. Desde a primeira convenção da OIT sobre o tema, em 1919, até a mais recente Convenção nº 183, a evolução das normas internacionais demonstrou um avanço contínuo na garantia de um padrão mínimo de proteção para mães e suas crianças.

No Brasil, com as alterações legislativas ocorridas a partir de primeira metade da década de 2010, o salário-maternidade, a princípio de proteção estritamente individual, vem caminhando para se tornar um benefício de caráter familiar, muito embora ainda não tenha adquirido esse status.

Não obstante, diante dos novos arranjos familiares e novas necessidades trazidas no campo da proteção à maternidade, o Poder Judiciário também tem proferido decisões paradigmáticas no sentido de ampliar a proteção à maternidade. Contudo, tais decisões levam à indagação sobre o exercício de ativismo judicial por parte dos tribunais brasileiros.

Assim, o objetivo deste artigo é analisar a proteção social à maternidade por meio do benefício salário-maternidade, como foco na evolução legislativa e nas inovações jurisprudenciais que têm moldado o cenário atual. Busca-se examinar a regulamentação legal do tema e as decisões recentemente proferidas pelo Poder Judiciário sobre o assunto, refletindo quais os limites dessas intervenções judiciais e indagando se a busca do Judiciário pela expansão da proteção à maternidade não importa em ativismo judicial.

Destarte, o estudo evidencia a evolução da proteção social à maternidade, tanto na legislação como na jurisprudência, destacando os pontos que ainda necessitam de aprimoramento para assegurar uma proteção justa e eficaz a todas as famílias, bem como fazendo uma análise crítica às recentes interpretações judiciais sobre a temática.

Parte superior do formulário

## 2 METODOLOGIA

O presente trabalho adota o método científico dedutivo, com utilização de pesquisa bibliográfica e documental, somado a uma abordagem qualitativa e descritiva do tema.

O método dedutivo permite partir de premissas gerais estabelecidas (direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 e convenções internacionais ratificadas pelo Brasil) para examinar situações específicas, como a evolução legislativa

<sup>3</sup> Después de la democratización política (el estado democrático) y la democratización social (el estado de bienestar), una democratización cultural está transformando los fundamentos de la familia, las relaciones de género, el amor, la sexualidad y la intimidad. Nuestras declaraciones sobre la libertad empiezan a convertirse en hechos y a desafiar a las bases de la vida cotidiana, así como a la política global. Siendo hijos de la libertad, vivimos en unas condiciones de democracia radicalizada para las que muchos de los conceptos y fórmulas de la primera modernidad se han hecho inadecuados.

do salário-maternidade e sua aplicação pelo Poder Judiciário. A metodologia adotada, assim, propicia uma leitura sistemática do tema, revelando as lacunas e potencialidades da legislação vigente.

A pesquisa bibliográfica contou com exame de doutrinas clássicas e contemporâneas sobre direitos sociais, proteção à maternidade e seguridade social. Também foram utilizados textos jurídicos, estudos acadêmicos e relatórios de organizações internacionais, como a Organização Internacional do Trabalho (OIT), que trazem à tona aspectos históricos e atuais sobre o benefício salário-maternidade.

Já a pesquisa documental centrou-se na legislação brasileira aplicável, como a Constituição Federal de 1988 e as Leis nº 8.213/91 e 12.873/2013, além de análises de precedentes judiciais relevantes.

Deste modo, foi possível estabelecer um panorama do desenvolvimento normativo e das interpretações jurisprudenciais que influenciam diretamente a proteção social à maternidade.

Por fim, dada a natureza complexa e multifacetada do tema, a pesquisa adota uma abordagem qualitativa e descritiva, através da qual se busca descrever e interpretar as transformações na proteção à maternidade, destacando os avanços obtidos e identificando os desafios ainda existentes.

Além de uma análise crítica sobre a proteção à maternidade, essa abordagem autoriza ainda a inclusão do estudo de decisões paradigmáticas do Supremo Tribunal Federal (STF) e de tribunais regionais, permitindo contextualizar os impactos práticos das interpretações normativas e enriquecer as reflexões apresentadas ao longo do artigo.

### 3 A PROTEÇÃO INTERNACIONAL À MATERNIDADE

No âmbito internacional, a proteção social à maternidade teve início com a Convenção nº 3 da Organização das Nações Unidas (OIT), promulgada em 1919 e ratificada pelo Brasil em 1935, através do Decreto nº 423/1935.

A Convenção nº 3 da OIT previa a proteção à maternidade para trabalhadoras de estabelecimentos industriais e comerciais, garantindo o direito de afastamento antes e após o parto por pelo menos seis semanas, bem como o pagamento de uma indenização (benefício) durante o período em que a mulher estivesse afastada (OIT, 1919).

Posteriormente, em Conferência Geral realizada em 1944, a OIT adotou a Declaração de Filadélfia, reconhecendo expressamente no item III a obrigação de promover a execução de programas que visem garantir a proteção da infância e da maternidade (OIT, 1944).

Em 1952, por sua vez, a OIT aprovou a Convenção nº 102 (ratificada pelo Brasil em 2009), que estabelece normas mínimas da seguridade social, dentre elas, a concessão de prestações de maternidade:

#### PARTE VIII: PRESTAÇÕES DE MATERNIDADE

Art. 46 - O Membro para o qual a presente Parte da convenção estiver em vigor, deve assegurar prestações de maternidade às pessoas amparadas, de acordo com os seguintes artigos desta Parte.

Art. 47 - O evento coberto será a gravidez, o parto e suas consequências,

bem como a suspensão de ganhos daí decorrente tal como se achar definida na legislação nacional. (OIT, 1952)

Também em 1952, a OIT revisou a Convenção nº 3, passando a adotar a Convenção nº 103, a qual ampliou a proteção à maternidade prevista em 1919, assegurando o direito à licença maternidade por um período de doze semanas, devido a empregadas em empresas industriais, não industriais, agrícolas e, inclusive, mulheres assalariadas que trabalham em domicílio (OIT, 1952). A Convenção nº 103 da OIT foi aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 20/1965, entrando em vigor em 1966.

Mais tarde, em 2000, a OIT aprovou a Convenção nº 183, que juntamente com a Recomendação nº 191, garante proteção mediante concessão de licença maternidade por, no mínimo, catorze semanas, e a todas as mulheres, independentemente da sua ocupação ou do tipo de estabelecimento em que trabalham, abrangendo, ainda, proteção às mulheres que desempenham atividades de trabalho atípicas (OIT, 2009).

Observa-se que, gradativamente, a Organização Internacional do Trabalho ampliou os direitos de proteção social à maternidade, determinando finalmente que os países signatários ofereçam, por meio da Previdência Social, prestações pecuniárias suficientes para manutenção da subsistência digna. Ainda, o artigo 6º da Convenção nº 183 prevê o dever de assegurar prestações médicas à mãe e à criança, com assistência pré-natal, durante e após o parto, bem como hospitalização se preciso (OIT, 2009).

No Brasil, a Constituição Federal traz a proteção à maternidade como um direito social previsto em seu artigo 6º, caput. Já o artigo 7º, XVIII prevê a licença à gestante um direito dos trabalhadores urbanos e rurais.

O artigo 201, II da Carta Magna, por sua vez, estabelece que a Previdência Social atenderá a proteção à maternidade, especialmente à gestação, proteção esta que é instrumentalizada hoje por meio do benefício salário-maternidade.

#### **4 O BENEFÍCIO SALÁRIO-MATERNIDADE: EVOLUÇÃO LEGISLATIVA**

Inicialmente, a proteção à maternidade no Brasil tinha índole eminentemente trabalhista, até a edição da Lei 6.136/1974, que transmutou “a natureza jurídica do salário maternidade de direito trabalhista a direito previdenciário” (Horvath Júnior, 2022, p. 453).

A Constituição Federal de 1988 conferiu proteção especial à família, trazendo expressamente o dever de proteção à maternidade. O benefício salário-maternidade foi regulamentado pela Lei 8.213/91 (Lei de benefícios) e mais tarde, com a Lei 9.876/1999, a proteção foi estendida a todas as seguradas, incluindo contribuintes individuais e facultativas, em consonância ao princípio da universalidade de cobertura e atendimento.

Porém, tanto o art. 7º, XVIII como o art. 201, II da Constituição, foi utilizada a palavra “gestante”, dando proteção, em uma interpretação literal e gramatical, apenas à mãe biológica.

Mais tarde, a Lei 10.421/2002 ampliou a proteção, prevendo o direito ao salário-maternidade também à segurada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção. Contudo, ainda prevaleciam algumas impropriedades: com a majoração das prestações, a lei deveria ter trazido previsão quanto ao financiamento, o que não ocorreu, violando a regra da contrapartida. Além disso, a norma trazia o termo “segurada”, quando

na verdade, tanto mulheres e quanto homens podem adotar ou obter guarda judicial. E ainda, a legislação adotou um critério etário para determinar a duração do benefício nos casos de adoção, com base na idade da criança, o que também não se mostrou adequado (Horvath Júnior, 2022, p. 453-454).

Algumas dessas impropriedades foram corrigidas com a Lei 12.873/2013, que retirou o critério de duração do benefício e possibilitou a concessão do salário-maternidade também ao segurado que adotasse ou obtivesse guarda judicial. Ademais, expandiu a proteção trazida pelo benefício ao prever, no caso de falecimento da segurada ou segurado, a possibilidade do cônjuge ou companheiro sobrevivente que tenha qualidade de segurado receber o salário-maternidade.

Com essas modificações, observa-se que o salário-maternidade vem deixando de ser uma prestação individual para se tornar um benefício de índole familiar. Contudo, para uma transmutação plena, ainda é preciso maiores amplificações: a exigência do cônjuge ou companheiro sobrevivente ter qualidade de segurado para gozar do benefício que seria devido ao segurado(a) falecido(a) consiste em um excesso de zelo do legislador que, ao que parece, vai além da regra da contrapartida e obstaculiza o acesso à proteção em alguns casos.

Não obstante, também seria necessário ampliar a proteção aos avós, permitindo o recebimento do salário-maternidade nos vários casos em que estes figuram como representantes legais da criança e são responsáveis por sua criação (Horvath Júnior; Francelino, 2024, p. 99).

Destarte, conquanto a legislação tenha evoluído, ainda é preciso uma maior construção e aprimoramento do texto legal em vigor, a fim de viabilizar uma proteção efetiva e mais abrangente da maternidade, a nível familiar.

Mas, para além dos avanços e omissões legislativas, não se pode deixar de mencionar a atuação do Poder Judiciário, em especial, do Supremo Tribunal Federal (STF), que tem proferido decisões paradigmáticas sobre a proteção à maternidade.

No âmbito do Judiciário, observa-se um viés ampliativo da proteção à maternidade, inclusive para assegurar o benefício salário-maternidade e licença-maternidade em casos envolvendo novos arranjos familiares.

Contudo, essa tendência à expansão da proteção pelo Poder Judiciário leva a outros questionamentos: quais os limites para essa ampliação? O STF estaria incorrendo em ativismo judicial? Tais reflexões serão analisadas no tópico subsequente.

## **5 A PROTEÇÃO À MATERNIDADE NO PODER JUDICIÁRIO**

### **5.1 Breve explanação sobre o Ativismo Judicial**

Para Glauco Gumerato Ramos (2009, p. 18), o ativismo judicial está legitimado no princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição. Trata-se de uma atuação categórica do Poder Judiciário ao resolver questões que possuem ou não adequada solução legislativa, valorizando o compromisso constitucional da jurisdição, mesmo diante de uma omissão legal (Ramos, 2009, p. 9)

O fenômeno do ativismo judicial tem raízes no movimento neoconstitucionalista, percebido no Brasil principalmente a partir da promulgação da Constituição Federal de

1988, que elevou vários direitos fundamentais à status constitucional, ampliando os mecanismos de proteção desses direitos (Hutzler, 2018, p. 57).

De acordo com Fernanda Souza Hutzler (2018, p. 58), a partir dessa ampliação e da facilitação ao acesso à justiça, observa-se uma verdadeira constitucionalização do direito e da própria jurisdição. Neste ínterim, o Judiciário tem sido chamado para se pronunciar diante das omissões do Poder Legislativo e excessos do Poder Executivo, fortalecendo-se e tornando-se um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

Sobre o protagonismo que o Poder Judiciário tem assumido no Estado Democrático de Direito, entende Franco Aurélio Brito de Souza:

Com a edificação do Estado Democrático de Direito, deslocou-se o papel principal para a esfera do Poder Judiciário, o qual trouxe para si o dever (com significativa carga valorativa construtiva) de complementar e adaptar os comandos normativos emanados do Poder Legislativo à realidade socioeconômica da população. E é justamente sob essa perspectiva de considerável expansão do princípio democrático, de posituação de um quadro cada vez mais amplo de direitos fundamentais, de intensa institucionalização do direito na vida social e política e de redefinição das relações entre Poderes que o Judiciário vem assumindo um protagonismo irrefutável, que se descortina o fenômeno da judicialização da política e das relações sociais (sobretudo dos conflitos coletivos). (Souza, 2010, p. 91).

Ocorre que, muitas vezes, “o Judiciário não se limita a declarar a omissão legislativa ou barrar os excessos da administração, indo além do que a dogmática legalista tradicional convencionou ser o papel do Judiciário” (Hutzler, 2018, p. 58).

É neste ponto que se configura o ativismo judicial, repercutindo em duas visões distintas: a primeira é favorável ao ativismo, pois tal prática seria apenas um fruto da aproximação entre as normas e os casos concretos, e da inaptidão do legislador diante da complexidade e diversidade da sociedade moderna; a segunda, entretanto, discorda da prática, por entender que o ativismo judicial extrapola a competência do magistrado, viola a separação de poderes e configura um desvio de conduta institucional (Hutzler, 2018, p. 73).

Juliano Ralo Monteiro (2010, p. 169-170) também apresenta duas visões sobre o ativismo judicial, destacando aspectos favoráveis dessa prática: consagração da importância do constitucionalismo, do Estado Democrático de Direito e dos valores erais da constituição, garantia de acesso ao judiciário, oportunizar o exercício de direitos e garantias fundamentais, etc; bem como aspectos críticos: enfraquecimento dos poderes, inversão democrática (eis que os magistrados passam a decidir questões que caberiam aos legisladores e membros do poder executivo, eleitos pelo povo), acomodação de outros poderes, alienação popular, entre outros.

Segundo Carlos Eduardo Didier Reverbel (2010, p. 73), o ativismo judicial ocorre quando, diante do desprestígio legal, da ineficiência política e do mal uso dos serviços públicos, o juiz ultrapassa o campo do direito e ingressa na seara política. O autor entendeu tratar-se de prática desfavorável, ao dizer que, ao praticar o ativismo, “o julgador acaba fazendo uma má-política, por meios jurídicos” (Reverbel, 2010, p. 73).

Diante da controvérsia doutrinária sobre o ativismo judicial, Fernanda Souza Hutzler (2018, p. 76) traz um conceito multidimensional deste instituto:

Ativismo judicial é uma atitude expansiva por parte do Poder Judiciário que vai além da sua função típica, com perfil aditivo ao ordenamento jurídico, que se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias, que se caracteriza por criar, modificar, completar ou corrigir normas jurídicas, por sanar omissões dos outros poderes, por determinando a efetivação de políticas públicas ou por impor o cumprimento de comandos constitucionais na busca da concretização de direitos fundamentais. (Hutzler, 2018, p. 76).

Assim, a prática decisória ativista costuma ser aceita quando é utilizada com intuito de “concretizar direitos fundamentais, efetivar políticas públicas e sanar omissões de outros poderes” (Hutzler, 2018, p. 77). Contrariamente, é criticada quando exorbita a competência do Poder Judiciário e se desvincula dessa finalidade.

Para Miguel Horvath Júnior (2024, p. 88), política pública é uma expressão ampla que abrange “todos os tipos de ações, decisões e programas governamentais ou de organizações sociais visando à solução de problemas de interesse público”.

Política pública é, portanto, gênero, que tem como espécie a política social, cujo objetivo é melhorar as condições de vida da população (Horvath Júnior, 2024, p. 88).

A política social é a ação do Estado que visa atender as necessidades sociais como, por exemplo, habitação, cultura, educação, lazer, saúde, assistência social e previdência social, entre outras, atuando por meio de várias técnicas de proteção social, visando a atender o maior número possível de pessoas. (Horvath Júnior, 2004, p. 17).

A seguridade social como hoje se conhece (fruto do Relatório Beveridge de 1942) é, portanto, uma política social (Horvath Júnior, 2024, p. 88).

Ora, com a expansão das normas constitucionais, há a necessidade de se ter um Poder Judiciário forte, a fim de que os direitos e garantias fundamentais sejam assegurados isonomicamente, mediante a implementação de políticas públicas. Frisa-se que a proteção social está intimamente relacionada ao fomento de políticas públicas e à intervenção estatal (Horvath Júnior, 2024, p. 87).

Essa intervenção, porém, deve ser subsidiária e equilibrada, haja vista a competência para implementação de políticas públicas ser convencionalmente dos poderes Legislativo e Executivo.

Ocorre que a conduta excepcional do Poder Judiciário, por vezes, se torna rotineira. É o que se observa no campo da proteção social à maternidade.

O Judiciário tem proferido decisões garantindo a proteção à maternidade de modo eficaz e equitativo, adaptado às necessidades contemporâneas e aos novos arranjos familiares. Outras decisões, contudo, transpassam os limites da competência do Judiciário, gerando ainda mais dúvidas e questionamentos.

## 5.2 Novidades jurisprudenciais relevantes

Inicialmente, merecem destaque duas decisões emanadas recentemente pelo STF sobre as regras e requisitos para concessão do salário-maternidade: a primeira envolve o termo inicial do benefício; a segunda diz respeito à carência.

Sobre o termo inicial do benefício, o artigo 392 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e artigo 71 da Lei 8.213/91 dispõem que o salário-maternidade é devido pelo prazo de 120 dias, com início entre 28 dias antes do parto e a data de ocorrência do parto. Este prazo pode excepcionalmente ser aumentado em até duas semanas, anteriores ou posteriores ao parto, desde que haja atestado médico específico.

A discussão que chegou ao STF diz respeito ao termo inicial do benefício em casos de internação hospitalar da mãe ou da criança, situação em que haveria um encurtamento do gozo do salário-maternidade, pois este seria concedido enquanto mãe ou bebê permanecessem em ambiente hospitalar, longe do convívio familiar.

Sobre o impasse, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6.327/DF, o STF considerou como termo inicial da licença-maternidade e do respectivo salário-maternidade a alta hospitalar da mãe ou do recém-nascido, o que ocorrer por último:

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, conheceu da ação direta de inconstitucionalidade como arguição de descumprimento de preceito fundamental e, ratificando a medida cautelar, julgou procedente o pedido formulado para conferir interpretação conforme à Constituição ao artigo 392, § 1º, da CLT, assim como ao artigo 71 da Lei n. 8.213/91 e, por arrastamento, ao artigo 93 do seu Regulamento (Decreto n. 3.048/99), de modo a se considerar como termo inicial da licença-maternidade e do respectivo salário-maternidade a alta hospitalar do recém-nascido e/ou de sua mãe, o que ocorrer por último, prorrogando-se em todo o período o benefício, quando o período de internação exceder as duas semanas previstas no art. 392, § 2º, da CLT, e no art. 93, § 3º, do Decreto n. 3.048/99, nos termos do voto do Relator. Falaram: pela requerente, a Dra. Sofia Cavalcanti Campelo; e, pela Advocacia-Geral da União, a Dra. Natália de Rosalmeida, Advogada da União. Plenário, Sessão Virtual de 14.10.2022 a 21.10.2022 (Brasil, 2022).

A decisão foi baseada na proteção constitucional à maternidade e à infância, ao direito à convivência familiar e direito à saúde, dentre outros fundamentos. Contudo, embora pareça acertada, deve-se mencionar que o STF deixou uma enorme lacuna sobre o tema, pois fixou o termo inicial do salário-maternidade na data da alta hospitalar da mãe ou do bebê sem esclarecer qual é a cobertura devida durante o período de internação. (Horvath Júnior; Porto, 2022, p. 16)

O próprio benefício salário-maternidade seria estendido? Ou é devido benefício de incapacidade temporária à mãe durante a internação? E no caso de internação apenas do bebê, a mãe deve retornar ao trabalho até a alta do filho? Esses e outros questionamentos permanecem em aberto até o momento, eis que a ADI já transitou em

julgado sem ter resolvido a questão, inexistindo previsão legal específica posterior ao julgamento.

Assim; conquanto a decisão tenha, a princípio, buscado a concretização de direitos fundamentais (à vida, à saúde, à integridade física do menor e da genitora), prática ativista até então aceitável, o fez em clara superação das competências do Poder Judiciário, de maneira precipitada e gerando mais omissões.

A segunda decisão a ser citada diz respeito à carência do salário-maternidade. O artigo 25, III da Lei 8.213/91 exige a implementação de 10 meses de carência apenas para contribuintes individuais, seguradas especiais e contribuintes facultativas.

O STF, no julgamento da ADI 2.110 ocorrido em 21/03/2024, entendeu que a existência de carência apenas para determinadas categorias de seguradas é inconstitucional, por violar o princípio da isonomia. A decisão também tem fundamento no direito das contribuintes individuais em ter o mesmo tratamento oferecido às seguradas empregadas e no dever constitucional de proteção à criança e à maternidade (Brasil, 2024).

Retirou o STF a distinção fundada na igualdade, adotada pelo legislador como forma de afastar a discriminação da mulher no mercado de trabalho. Isso porque, “não fosse a empregada dispensada dessa carência, os empregadores só contratariam empregadas após o cumprimento da carência para evitar o risco de ter que arcar com esse ônus” (Horvath Júnior, 2022, p. 462).

A isenção da carência, segundo o STF, vem promover a isonomia no tratamento entre as espécies de seguradas. No entanto, a ampliação do direito pode repercutir em impactos financeiros e atuariais, gerando questionamentos sobre uma atuação ativista por parte do STF. De qualquer modo, é necessário aguardar os deslindes do caso, eis que o feito ainda não transitou em julgado.

Além das decisões envolvendo as regras legais para concessão do salário-maternidade, o STF também tem ampliado a proteção social à maternidade propriamente dita, ao conceder a licença-maternidade e salário-maternidade em casos, por exemplo, de famílias monoparentais e homoafetivas.

Em 2022, o Supremo julgou o Tema 1.182 – Recurso Extraordinário (RE) 1348854, que discutia sobre a possibilidade de um genitor monoparental receber salário-maternidade em razão do nascimento de filhos gêmeos, gerados por meio de fertilização in vitro e gestação por substituição (o que, popularmente, é chamado de “barriga de aluguel”).

Sobre o tema, o STF firmou a seguinte tese:

À luz do art. 227 da CF, que confere proteção integral da criança com absoluta prioridade e do princípio da paternidade responsável, a licença maternidade, prevista no art. 7º, XVIII, da CF/88 e regulamentada pelo art. 207 da Lei 8.112/1990, estende-se ao pai genitor monoparental. (Brasil, 2022)

Ou seja, o direito à licença maternidade foi estendido ao pai monoparental, também em atendimento ao princípio da isonomia e legalidade.

No caso de casais homoafetivos, o próprio regramento trazido pela Lei 12.873/2013

já possibilita a concessão do benefício em casos de adoção. Inclusive, quando da edição da lei, já havia precedentes nesse sentido no Tribunal Regional Federal (TRF) da 5ª Região, no Tribunal Superior do Trabalho (TST), e até mesmo no Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS) (Horvath Júnior, 2022, p. 465).

Nesta seara, merece destaque também a decisão proferida pelo STF no julgamento do Tema 1.072, RE 1211446. O caso, envolvendo união estável homoafetiva entre duas mulheres, discutia a possibilidade de recebimento de salário-maternidade pela não-parturiente, cuja companheira engravidou mediante procedimento de inseminação artificial heteróloga.

Sobre a questão, o STF firmou a seguinte tese: “A mãe servidora ou trabalhadora não gestante em união homoafetiva tem direito ao gozo de licença-maternidade. Caso a companheira tenha utilizado o benefício, fará jus à licença pelo período equivalente ao da licença-paternidade.” (Brasil, 2024).

Para se chegar à tese firmada, a maioria dos ministros concluiu que conceder licença-maternidade para ambas as mães levaria a um tratamento desigual e inconstitucional entre os filhos de casais heterossexuais e os filhos de casais homossexuais. Assim, embora não por unanimidade, prevaleceu o entendimento de que, em casos como este, apenas um benefício salário-maternidade deve ser concedido.

Conquanto se trate de questões sensíveis e controversias, os julgamentos aqui citados envolvendo arranjos familiares não tradicionais (famílias monoparentais e homoafetivas) garantiram a efetivação da proteção à maternidade com isonomia e harmonia, interpretando e aplicando a norma aos casos concretos, sem excessos.

Por último, convém mencionar a recentíssimo posicionamento da terceira vara federal de Pelotas/RS, que condenou o INSS ao pagamento de salário-maternidade à uma avó que obteve a guarda do neto. A juíza, federal Giane Maio Duarte reconheceu que a avó exerceu parentalidade socioafetiva, situação que enseja o direito ao salário maternidade conforme entendimento já emanado pela Turma Nacional de Uniformização (TNU) (Rio Grande do Sul, 2024).

Quanto à socioafetividade, além do citado entendimento da TNU, vale mencionar que o próprio STF já reconheceu a necessidade de adotar tratamento isonômico entre filhos biológicos e socioafetivos. Neste sentido, o INSS não poderia negar o direito ao benefício para um filho socioafetivo (Horvath Júnior, 2022, p. 478).

Todavia, por se tratar de benefício concedido à avó, necessário inquirir sobre o exercício de ativismo judicial nesta hipótese. É inegável que a situação fática envolvendo as avós e casos de adoção informal merece atenção e uma atuação estatal protetiva, contudo, o Poder Judiciário não parece ser a via adequada, até porque, de acordo com a regra da contrapartida prevista no artigo 195, §5º da Constituição Federal, nenhum benefício pode ser estendido sem a correspondente fonte de custeio.

O processo em questão ainda está em trâmite, sendo necessário, portanto, aguardar o desfecho deste caso, que certamente causará ainda mais reflexões e, a depender de seu resultado, poderá abrir novos precedentes.

## 6 CONCLUSÃO

Muito embora a legislação sobre a proteção à maternidade tenha avançado no Brasil, caminhando para tornar o salário-maternidade um benefício familiar, conclui-se que ainda há lacunas na proteção à maternidade, como ocorre, por exemplo, nos casos das avós responsáveis pela criação dos netos, ou nos casos de união homoafetiva entre duas mulheres, em que ambas possuem o direito ao salário-maternidade ou apenas a mulher não gestante detém qualidade de segurado e poderia gozar do benefício.

Assim, a análise das inovações jurisprudenciais revela a importância da atuação judicial na garantia de uma proteção social eficaz e equitativa, adaptada às necessidades contemporâneas e aos novos arranjos familiares. No entanto, alerta-se que os casos concretos precisam ser adequadamente e cuidadosamente interpretados, sob pena de gerar novas dúvidas e impasses.

Mais que isso, a fim de atender à segurança jurídica e ao princípio da tripartição dos poderes, é preciso cautela para que o Poder Judiciário não usurpe as competências ordinárias, democraticamente eleitas, destinadas ao Poder Legislativo e Executivo.

Neste sentido, vale mencionar o entendimento de Zélia Luiza Pierdoná:

A universalidade da proteção social é um vir a ser, devendo ser implementada, progressivamente, por políticas públicas, criadas pelos Poderes Legislativo e Executivo, e não por decisões judiciais ativistas, considerando, dentre outras questões, as possibilidades financeiras do sistema de seguridade social. Não é atribuição do Poder Judiciário definir e implementar políticas públicas. (2019, p. 180)

É imprescindível que haja um equilíbrio, o que Juliano Ralo Monteiro (2010, p. 171) denomina de “terceira via: um ativismo prudente, alinhado com os princípios constitucionais de separação dos poderes e da proteção judicial efetiva”.

Portanto, por mais necessária que seja a expansão da proteção à maternidade, é imprescindível que o Poder Judiciário exerça seu papel dentro dos limites constitucionalmente estabelecidos, atuando com equilíbrio e apenas excepcionalmente, de forma moderada, na implementação de políticas públicas, muitas vezes estimulando o legislador a cumprir o seu papel.

## REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (coord.). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Tradução de Jesus Alborés Rey. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 04 set. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei No 5.452, de 1 de maio de 1943.** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, [1943]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 04 set. 2024.

BRASIL. **Lei No 6.136, de 7 de novembro de 1974.** Inclui o salário-maternidade entre as prestações da Previdência Social. Brasília, DF: Presidência da República, [1974]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/L6136.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6136.htm). Acesso em: 04 set. 2024.

BRASIL. **Lei No 8.213, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1991]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm). Acesso em: 12 jun. 2024.

BRASIL. **Lei No 9.876, de 26 de novembro de 1999.** Dispõe sobre a contribuição previdenciária do contribuinte individual, o cálculo do benefício, altera dispositivos das Leis nos 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1999]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9876.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9876.htm). Acesso em: 04 set. 2024.

BRASIL. **Lei No 10.421 de 15 de abril de 2002.** Estende à mãe adotiva o direito à licença-maternidade e ao salário-maternidade, alterando a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, e a Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10421.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10421.htm). Acesso em: 04 set. 2024.

BRASIL. **Lei 12.873, de 24 de outubro de 2013.** Altera as Leis nºs 8.212, de 24 de julho de 1991, e 8.213, de 24 de julho de 1991, o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1942 - Consolidação das Leis do Trabalho, as Leis nºs 11.491, de 20 de junho de 2007, e 12.512, de 14 de outubro de 2011. Brasília, DF: Presidência da República, [2013]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/%5C\\_ato2011-2014/2013/Lei/L12873.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/%5C_ato2011-2014/2013/Lei/L12873.htm). Acesso em: 04 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2110.** Relator Ministro Nunes Marques. Brasília, 21/03/2024. Publicada em 25/05/2024. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%202110%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%202110%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true). Acesso em: 04 set. 2024

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6327.** Relator Ministro Edson Fachin. Brasília, 24/10/2022. Publicada em 07/11/2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur471694/false>. Acesso em: 04 set. 2024

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Recurso Extraordinário 1211446**. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, 13/03/2024. Publicada em 21/05/2024. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%201211446%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%201211446%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true). Acesso em: 04 set. 2024

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Recurso Extraordinário 1348854**. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 12/05/2022. Publicada em 24/10/2022. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%201348854%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%201348854%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true). Acesso em: 04 set. 2024

CEBALLOS, Óscar Buenga. **La familia y la seguridad social**. Editora Dykinson S.L. Madrid, 2014.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. **A policrise e os sistemas de proteção social: desafios da preservação dos sistemas protetivos no século XXI**. Belo Horizonte: Editora IEPREV, 2024.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**. 13 ed. São Paulo: Rideel, 2022.

HORVATH JÚNIOR, Miguel; FRANCELENO, Laís Lopes. Crise na Proteção Social da Família: os Benefícios Familiares Diante dos Novos Riscos Sociais. In: **Revista Brasileira de Direito Previdenciário**. Porto Alegre: Magister; IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário, 2024. v. 81, jun/jul. 2024, p. 93-108.

HORVATH JÚNIOR, Miguel; PORTO, Rafael Vasconcelos. Proteção à Maternidade: Reflexões acerca das mais Recentes Controvérsias Jurisprudenciais. In: **Revista Digital de Direito Prática Previdenciária**. Porto Alegre: Paixão Editoras, 2022. n. 35, set/out. 2022.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Salário-Maternidade**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

HUTZLER, Fernanda Souza. **O ativismo judicial e seus reflexos na seguridade social**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2018.

MELO, Cláudia Virgínia Brito de. **Proteção à maternidade e licença parental no mundo**. Câmara dos Deputados: Brasília, 2019.

MONTEIRO, Juliano Ralo. Ativismo Judicial: Um Caminho para Concretização dos Direitos Fundamentais; In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (coord.). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. pp. 157-175.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção 03 - Convenção relativa ao Emprego das Mulheres antes e depois do parto (Proteção à Maternidade)**. Washington, 1919. Disponível em: <https://www.ilo.org/pt-pt/resource/c003-convencao-relativa-ao-emprego-das-mulheres-antes-e-depois-do-parto>. Acesso em: 04 set. 2024.



ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção 102 - Normas Mínimas da Seguridade Social**. Genebra, 1952. Disponível em: <https://www.ilo.org/pt-pt/resource/c102-normas-minimas-da-seguridade-social>. Acesso em: 04 set. 2024.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção 103 – Amparo à Maternidade (revista, 1952)**. Genebra, 1952. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/decreto/D10088.htm#anexo24](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10088.htm#anexo24). Acesso em: 04 set. 2024.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção 183 – Revisão da Convenção (Revista) sobre a Proteção da Maternidade**. Genebra, 2000.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Declaração de Filadélfia**. Filadélfia, 1944. Disponível em: <https://www.dgert.gov.pt/declaracao-de-filadelfia> Acesso em: 04 set. 2024.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Notas da OIT sobre trabalho e família**. n. 4. Organização Internacional do trabalho, 2009.

PIERDONÁ, Zélia Luiza. O ativismo judicial na seguridade social brasileira: a violação dos princípios constitucionais e a inobservância das escolhas feitas pelos Poderes Legislativo e Executivo. In: **Católica Law Review**. v. 3. n. 1. p. 159-182, 1 jan. 2019. Disponível em: <https://revistas.ucp.pt/index.php/catolicallawreview/article/view/9113>. Acesso em: 11 set. 2024.

RAMOS, Glauco Gumerato. Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate. In: **MPMG – Publicação do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte: CEAF – Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2009. n. 18. ano IV. ISSN 1809-8673

REVERBEL, Carlos Eduardo Didier. Ativismo Judicial e Estado de Direito. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (coord.). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. pp. 61-76.

RIO GRANDE DO SUL. **Avó garante recebimento de salário-maternidade após obter a guarda de neto**. Justiça Federal do Rio Grande do Sul. Seção de comunicação social, 12 ago. 2024. Disponível em: [https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia\\_visualizar&id\\_noticia=28403](https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=28403). Acesso em: 06 set. 2024.

SECRETARIA DE EDITORAÇÃO E PUBLICAÇÕES COORDENAÇÃO DE EDIÇÕES TÉCNICAS. **Direitos Humanos: atos internacionais e normas correlatas**. 4 ed. Brasília: Senado federal, 2013.

SOUZA, Franco Aurélio Brito de. Uma Breve Abordagem sobre a Relação entre Estado, Direito e Política. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (coord.). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. pp. 77-94.

Data de submissão: 23 set. 2024. Data de aprovação: 28 fev. 2025