

## **Direito à concessão do salário maternidade à segurada empregada em caso de nascimento antes da 23ª semana de gravidez**

**Samara Ribeiro de Oliveira - samararibeiro\_1@hotmail.com**  
**Maria Inês de Assis Romanholo - mariainesromanholo@yahoo.com.br**

**Curso de Direito**  
**Faculdade Presidente Antônio Carlos de Ubá**  
**Novembro/2014**

### **Resumo**

O artigo visa analisar o direito da segurada empregada à concessão da licença maternidade nos casos em que o bebê venha nascer antes da 23ª semana de gravidez, tendo em vista um déficit em interpretar a norma quando trata “para fins de concessão do salário maternidade, considera-se parto o evento ocorrido após a 23ª semana de gravidez”, já que apenas em raros casos o bebê consegue sobreviver se parto ocorrer antes desse tempo. Se vir a ocorrer um nascimento antecipado o bebê necessita de maiores cuidados, busca-se defender o direito ao salário maternidade nesses casos. Afinal, se parto é após a 23ª semana, então o evento ocorrido antes da 23ª semana trata-se aborto? Finalmente chegar a conclusão se a gestante segurada terá direito a 120 dias de salário maternidade ou apenas 2 semanas, este refere-se ao direito que tem a segurada que sofre aborto. A gestante segurada empregada terá o direito à concessão da licença maternidade integral? Pois, na verdade, as normas constitucionais e infraconstitucionais visam proteger a maternidade e para tanto, adotam práticas protetivas dirigidas à gestante e ao nascituro, bem como ao recém-nascido, por exemplo, garantia no emprego para a gestante, licença maternidade e salário maternidade.

**Palavras-chave:** Segurada. Gestante. Parto anterior à 23ª semana. Licença maternidade. Salário maternidade.

### **Abstract**

This paper aims to analyze the insured employee's right to maternity leave in the cases when the baby is born before the 23rd week of pregnancy, considering the shortfall when interpreting the regulation that establishes: “for the purpose of granting maternity pay, labor is considered the event that happens after the 23<sup>rd</sup> week of pregnancy”, since only in rare cases can the baby survive labor if it should happen before then. If an anticipated birth happens, the baby will need further care, hence we seek to defend the right to maternity pay in these cases. After all, if labor occurs after the 23<sup>rd</sup> week, then the event that took place before the 23<sup>rd</sup> week would be abortion? Finally, conclude whether the insured expectant mother has the right to a full maternity leave. Indeed, constitutional and infra-constitutional norms look to protect maternity and to do so, adopt protective measures directed to the expectant mother and the unborn child, as well as the newborn, for example, the right to a job for the expectant mother, maternity leave and maternity pay.

**Keywords:** Insured woman. Expectant mother; Labor before the 23<sup>rd</sup> week. Maternity leave. Maternity pay.

## Introdução

Os primeiros anos de vida são de grande importância para o desenvolvimento e formação de vida de uma criança, e, é nesse momento que é desenvolvido o comportamento com a sociedade, a personalidade, entre outras características do ser humano, ou seja, é o período que se começa a aprender o que é certo e o que é errado, o que pode e o que não pode fazer, começando a ser educado, sendo lhe imposto limites. Destarte, é primordial que o carinho, amor e afeto que devem estar juntos para trazer os resultados pretendidos com fim de que o bebê ou criança (biológica ou adotiva) torne-se um “ser humano formado”. Neste sentido, pela grande importância do desenvolvimento da criança é que está prevista a proteção da maternidade em vários artigos da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, entre eles: Art. 6º, 7º, 201, 203, 227.

Pois bem, se caso ocorrer um parto prematuro, ou seja, antes do tempo normal de gestação, é claro que a mãe necessita de maiores cuidados e repouso. Porém, ao constatar uma dificuldade em interpretação da norma ao definir o conceito de parto, gerando dúvidas acerca do requisito para concessão do benefício é que este artigo científico busca esclarecer alguns pontos, devendo ser considerado que o material para pesquisa é limitado.

O objetivo desta sucinta pesquisa é tentar aprofundar o assunto abordado, visando esclarecer como as mulheres que se encaixam nessas situações possam reivindicar os seus direitos mesmo que suprimidos ou negados. Além do que, buscar uma forma de interpretação da norma, de forma a proteger a maternidade com igualdade a todas as empregadas que contribuem com a previdência, já que se o parto ocorrer nesse ou naquele tempo de gestação é irrelevante quanto às necessidades de cuidado e proteção.

A importância dessa pesquisa é diferenciar o que é parto e aborto, já que o parto é um dos requisitos para a concessão do salário maternidade. E, observa-se que a Constituição Federal no artigo 7º, no inciso XVIII, estabelece “licença à gestante” e no artigo 201, III “proteção à maternidade, especialmente à gestante” a princípio os artigos visam proteger a mãe, porém quando uma gestante tem seu bebê antes da 23ª semana, acontece uma discriminação na legislação, quando a Instrução Normativa do Instituto Nacional da Seguridade Social nº 45 de 06 de agosto de 2010 estabelece que “parto é o evento ocorrido após a 23ª semana de gestação”. Vê-se aí, que há um confronto de normas, pois se a mãe tem o parto antecipado, a proteção que antes

a ela era garantida pela constituição não mais é aplicada. Assim, é importante a pesquisa abordada com fim de proteger a gestante, fazendo se valer o princípio da dignidade da pessoa humana.

O presente artigo utilizou o método dedutivo, já que foi elaborado através de análise de institutos jurídicos gerais, como a proteção à maternidade e princípios constitucionais, para a construção de uma solução de um caso concreto, qual seja, se em caso de nascimento anterior a 23ª semana a mulher terá direito ao salário maternidade. E, para alcançar um resultado pretendido utilizou-se como técnica a pesquisa bibliográfica, com análise da doutrina e legislação, bem como de decisões judiciais referentes a alguns pontos abordados.

Tendo em vista a dificuldade acerca do conteúdo e significado da norma, será necessária a interpretação do dispositivo em conformidade com outras normas, principalmente as constitucionais.

## **1 Proteção à maternidade na Constituição Federal de 1988 e na Consolidação das Leis Trabalhistas**

Para amparar a maternidade, a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 7º incisos XVIII e XX, estabeleceu que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: “licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário com a duração de cento e vinte dias” e a “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”, respectivamente. No mesmo sentido, o artigo 10, inciso II, “b” do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias dispõe que “fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa, da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto”.

O Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho - CLT) trouxe do seu artigo 377 a 400 vários direitos em relação à gestante. No artigo 377, definiu que a adoção de medidas de proteção ao trabalho da mulher deve ser considerada de ordem pública, não justificando, em hipótese nenhuma a redução do salário. O artigo 382 dispõe que “a empregada gestante tem direito à licença maternidade de 120 (cento em vinte) dias, sem prejuízo do emprego e de salário”, e no artigo 395, “em casos de aborto não criminoso, comprovado por

atestado médico oficial, a mulher terá um repouso de duas semanas, ficando assegurado o direito de retornar à função que ocupava antes do seu afastamento”.

Vale ressaltar que salário maternidade e licença maternidade não se confundem. Passamos a analisar abaixo separadamente cada uma.

### **1.1 Direito à licença maternidade**

A Licença maternidade é o período de afastamento para repouso concedido às gestantes e mães adotivas seguradas, conforme determina o artigo 392, e 392-A da CLT, respectivamente.

Art. 392 A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte dias), sem prejuízo do emprego e do salário.

[...]

Art. 392-A. À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança será concedida licença maternidade nos termos do art. 392.

Prevista na Consolidação das Leis Trabalhistas a licença maternidade tem como principal fundamento garantir que a gestante não corra riscos durante o último mês de gravidez e também que a mãe esteja presente nos primeiros meses de vida do filho formando um laço materno e resguardando a inserção da criança no seio familiar, com a proteção do emprego, conforme dispõe o art. 391 da CLT que não constitui justo motivo para rescisão do contrato de trabalho da mulher o fato de encontrar-se em estado de gravidez.

Assim, Gustavo Filipe Barbosa Garcia (2013, p. 627) diz que:

Em razão da importância, para toda a sociedade, de que a mulher tenha o seu filho em condições favoráveis, bem como possa criá-lo da melhor forma, a legislação trabalhista e previdenciária deve estabelecer normas que assegurem os referidos objetivos. Com isso, atualmente, o fundamento das disposições de proteção, em sentido estrito, do trabalho da mulher, fica localizado no estado de gestante e maternidade. No entanto ao mesmo tempo em que a lei deve proteger a gestante e a empregada que é mãe, deve combater e evitar a discriminação contra o trabalho da mulher, por eventual atribuição relacionada à maternidade.

A jurisprudência majoritária defende que a empregada terá direito à reintegração ou indenização desde a concepção, já que este é o marco inicial da estabilidade, mesmo que haja

desconhecimento do estado gravídico e a confirmação da gravidez tenha sido após a “dispensa”. Visando proteger a gestante e baseando-se na responsabilidade objetiva do empregador<sup>1</sup>.

Nesse sentido, citam-se decisões do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região sobre o tema:

RECURSO ORDINÁRIO. GESTANTE. GARANTIA DE EMPREGO. INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA. O desconhecimento da gravidez pelo empregador não afasta seu direito à garantia de emprego, pois o fato gerador da estabilidade é objetivo (gravidez) e não subjetivo (conhecimento da gravidez). Assim, mesmo que o empregador não saiba, a dispensa sem justa causa é ilegal, havendo direito à reintegração. Nesse sentido, o teor do item I da Súmula nº 244 do TST, ao dispor que "o desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b" do ADCT)". Recurso a que se nega provimento. (TRT da 3.ª Região, RO n. 0010158-31.2014.5.03.0062, Segunda Turma, Relator: Convocado Rodrigo Ribeiro Bueno, Publicação 17/10/2014).

E PROVISÓRIA - GESTANTE - REINTEGRAÇÃO - INDENIZAÇÃO ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE. DESNECESSIDADE DE CONHECIMENTO PRÉVIO DO ESTADO GRAVÍDICO PELO EMPREGADOR. VERBAS DEVIDAS. A jurisprudência trabalhista se consolidou no sentido de que o desconhecimento do estado gravídico pela empresa ou mesmo pela gestante, no ato da demissão, não afasta o direito à reintegração ao emprego ou ao pagamento da indenização do período estável. O fato gerador do direito da gestante ao emprego, sem prejuízo dos salários, surge com a concepção, independentemente da ciência do estado gravídico pelo empregador, por se tratar de questão de ordem pública (Súmula 244, I, TST). No caso concreto, como o empregador propiciou a reintegração da reclamante ao emprego, apenas restaram devidas as verbas referentes ao período entre a sua dispensa indevida e a sua reintegração. Vistos os autos. (TRT da 3.ª Região; RO 0011539-32.2013.5.03.0055, Quinta Turma, Relator Milton V.Thibau de Almeida, Data da Publicação: 17/10/2014).

---

<sup>1</sup> A jurisprudência acerca do tema está consolidada na Súmula 244 do TST, que estabelece: **GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012**

I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b" do ADCT).

II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.

III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

Para a empregada gestante, esse afastamento poderá ocorrer 28 dias antes do parto e a data da ocorrência deste, mas deve a empregada, mediante atestado médico, comunicar o seu empregador a data do início do afastamento do emprego (Art. 392 §1º).

Tendo em vista orientação da Organização Mundial da Saúde, que recomenda o aleitamento materno exclusivo até o 6º mês de vida, foi criado um Programa denominado Empresa Cidadã, estabelecido na Lei 11.770 de 9 de setembro de 2008, com fim de prorrogar a licença maternidade mediante a concessão do incentivo fiscal. De acordo com a referida Lei o prazo de 120 (cento e vinte) dias da licença maternidade, pode ser prorrogado por mais 60 (sessenta) dias, totalizando 180 (cento e oitenta) dias. Porém esse benefício apenas será garantido exclusivamente à segurada empregada da pessoa jurídica que aderir ao Programa Empresa Cidadã, e desde que a empregada requeira até o fim do primeiro mês após o parto, devendo ser concedida imediatamente após a fruição da licença maternidade. Cabe também ressaltar que esse benefício também será garantido à segurada empregada que adotar ou obtiver guarda judicial com fins de adoção, conforme Decreto n. 6690 de 11 de dezembro de 2008.

Assim, lembra Fábio Zambitte Ibrahim (2014, p. 672) que:

Esta prorrogação de 60 dias não é benefício previdenciário, não tem natureza de salário maternidade. Até então, o salário maternidade tinha período coincidente com a *licença maternidade* das empregadas, mas agora a situação muda. Caso a empresa venha a aderir a este programa, uma empregada terá licença maternidade de 180 dias, mas salário maternidade de somente 120 dias. Os outros 60 dias serão pagos integralmente, mas a cargo da empresa, que poderá deduzi-los do IR. Nada tem a ver com a prestação previdenciária. Desta forma, é incorreto afirmar que o salário-maternidade foi ampliado em 60 dias – a ampliação foi somente da *licença maternidade*. (grifo no original)

Como Ibrahim aponta, deve a empregada estar atenta que a prorrogação é apenas da licença maternidade, ficando a empresa com o encargo dos 60 dias prorrogados, a prestação previdenciária se esgota nos 120 dias, não cabendo se falar que a ampliação foi do salário maternidade.

## 1.2 Salário maternidade

O salário maternidade é um benefício previdenciário devido à segurada empregada, à trabalhadora avulsa, à empregada doméstica, à contribuinte individual e à segurada especial, previsto na Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, nos seguintes termos:

Art. 71 O salário maternidade é devido à segurada da previdência social, durante 120 (cento e vinte dias), com início no período entre 28 (vinte e oito) dias anteriores ao parto e a data da ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção a maternidade.

Também a segurada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção da criança, será beneficiária do salário maternidade pelo período de 120 dias, conforme o Art. 71-A da Lei 8213/91.

Diz Fábio Zambitte Ibrahim (2011, p 642), quanto ao benefício na adoção: “especialmente na adoção, tem como objetivo a interação necessária entre o menor e sua família”.

Importante lembrar que o salário maternidade se submete ao teto mínimo (salário mínimo), mas não se submete ao teto máximo do salário de contribuição, ou seja, o INSS deve pagar à mulher o valor integral de sua remuneração. O STF<sup>2</sup> entendeu que deve prevalecer o exposto no art. 7º, XVIII da CF/88, garantindo a integralidade de remuneração.

Para fins de concessão do salário maternidade devem ser observadas as regras impostas pela legislação previdenciária, as quais serão analisadas a seguir.

## **2 Requisitos para a concessão do salário maternidade**

Os requisitos para concessão do salário maternidade estão estabelecidos na legislação previdenciária.

Também trata do assunto a Instrução Normativa do INSS nº 45, na Seção IV - Subseção VIII.

Os documentos para comprovar o requerimento do salário maternidade da segurada são: atestado médico, quando mãe biológica e certidão de nascimento do filho; certidão de nascimento da criança ou termo de guarda, devendo constar o nome da segurada adotante ou guardiã, quando se tratar de adoção ou guarda a fins de adoção (Art. 295 § 2º da IN INSS 45).

---

<sup>2</sup> Vide ADInMC 1.946-DF, rel. Min. Sydney Sanches, 29/04/99.

Conforme os artigos 25 e 26 da Lei 8.213/91, as seguradas contribuintes individuais, seguradas especiais e seguradas facultativas tem que cumprir carência de dez contribuições mensais. Destaca Miguel Horvath Junior (2011, p. 72) que “no salário maternidade biológico, diante das situações de parto antecipado o número de contribuições será reduzido proporcionalmente ao número de meses em que houve a antecipação do parto”. Já as seguradas empregadas, empregadas domésticas e trabalhadoras avulsas estão dispensadas de cumprimento de carência, visando a proteção do emprego, pois “sem tal tratamento diferenciado, os empregadores só contratariam as empregadas após o cumprimento da carência para evitar o risco de arcar com o ônus.” (HORVATA JUNIOR, 2011, p. 72)

O Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS) também estabeleceu na IN 45 um dos requisitos para concessão do salário maternidade, considerando parto o evento ocorrido a partir da vigésima terceira semana da gestação, inclusive natimorto<sup>3</sup>.

## 2.1 Fato gerador do salário maternidade

O fato gerador do salário maternidade é o parto bem como a adoção ou guarda judicial para fins de adoção.

O Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS) estabeleceu na sua Instrução Normativa nº 45, art. 294, § 3º que:

Art. 294 [...]

[...]

§ 3º Para fins de concessão do salário-maternidade, considera-se parto o evento ocorrido a partir da vigésima terceira semana (sexto mês) de gestação, inclusive em caso de natimorto.

Importante lembrar que se a segurada sofre aborto não criminoso, comprovado mediante atestado médico, terá direito a repouso remunerado de duas semanas, bem como o direito de retornar à função que ocupava antes de seu afastamento, conforme art. 395 CLT.

---

<sup>3</sup> Natimorto:É o produto do nascimento de um feto morto. Considera-se feto morto aquele que nasce pesando mais de 500g e que não tem evidência de vida depois de nascer. Para fins de cálculos estatísticos de taxa de mortalidade perinatal para comparação internacional, somente se incluirão fetos mortos que pesam 1000g ou mais ao nascer. Para maiores informações cf: <[www.saude.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=668XX](http://www.saude.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=668XX)>. Acesso em 02 nov. 2014.

Durante esse período de afastamento a segurada receberá o benefício do salário-maternidade correspondente a duas semanas, conforme previsão no art. 93, § 5º do Decreto 3.048, de 06 de maio de 1999.

E se o bebê nascer com vida antes da 23ª semana, ou seja, antes do período estabelecido pelo INSS como sendo definidor do parto? É considerado parto ou aborto para fins previdenciários?

### 1.1.1 O que é parto? O que é aborto?

Para maior aprofundamento na pesquisa é necessário definir o que é parto e o que é aborto, com o fim de esclarecer acerca do que a medicina adota.

Definimos parto normal como de início espontâneo, baixo risco no início do trabalho de parto, permanecendo assim durante todo o processo, até o nascimento. O bebê nasce espontaneamente, em posição cefálica de vértice, entre 37 e 42 semanas completas de gestação. Após o nascimento, mãe e filho em boas condições<sup>4</sup>.

Apresenta-se também uma definição médica de parto:

Podemos definir parto como sendo um conjunto de fenômenos fisiológicos e mecânicos que têm por finalidade e expulsão do feto. Em medicina-legal, o parto começa com a ruptura da bolsa d'água e termina com a expulsão do feto e da placenta.<sup>5</sup>

Quanto ao aborto, pode ser conceituado como: “é a expulsão ou extração de um embrião ou feto pesando menos de 500g (aproximadamente 20-22 semanas de gestação), independentemente ou não da presença de sinais vitais.”<sup>6</sup>

O Art. 29 da Resolução 01/88 do Conselho Nacional de Saúde dispõe:

---

<sup>4</sup> Para maiores informações, conferir “Maternidade Segura” disponível em: <[abenfo.redesindical.com.br/arqs/materia/56\\_a.pdf](http://abenfo.redesindical.com.br/arqs/materia/56_a.pdf)>. Acesso em 02 nov. 2014.

<sup>5</sup> Para maiores informações, conferir página eletrônica do Dr. Paulo Roberto Silveira. Disponível em: <[www.drpaulosilveira.med.br/visualizar.php?id=1625754](http://www.drpaulosilveira.med.br/visualizar.php?id=1625754)>. Acesso em 02 nov. 2014.

<sup>6</sup> Para maiores informações, conferir página eletrônica da Secretaria de Saúde do Estado do Paraná. Disponível em: <[www.saude.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=668](http://www.saude.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=668)>. Acesso em 02 nov. 2014

Art. 29 — Além dos requisitos éticos genéricos para pesquisa em seres humanos, as pesquisas em indivíduos abrangidos por este capítulo conforme as definições que se seguem, devem obedecer as normas contidas no mesmo.

1. Mulheres em idade fértil — do início da puberdade ao início da menopausa;
2. Gravidez — período compreendido desde a fecundação do óvulo até a expulsão ou extração do feto e seus anexos;
3. Embrião — produto da concepção desde a fecundação do óvulo até o final da 12ª semana de gestação;
4. Feto — produto da concepção desde o início da 13ª semana de gestação até a expulsão ou extração;
5. Óbito fetal — morte do feto no útero;
6. Nascimento vivo — é a expulsão ou extração completa do produto da concepção quando, após a separação, respire e tenha batimentos cardíacos, tendo sido ou não cortado o cordão, esteja ou não desprendida a placenta;
7. Nascimento morto — é a expulsão ou extração completa do produto da concepção quando, após a separação, não respire nem tenha batimentos cardíacos, tendo sido ou não cortado o cordão, esteja ou não desprendida a placenta;
8. Trabalho de parto — período compreendido entre o início das contrações e a expulsão ou extração do feto e seus anexos;
9. Puerpério — período que se inicia com a expulsão ou extração do feto e seus anexos até ocorrer a involução das alterações gestacionais (aproximadamente 42 dias);
10. Lactação — fenômeno fisiológico da ocorrência de secreção láctea a partir da extração do feto e de seus anexos;<sup>7</sup>

Nesse sentido, cita-se Parecer do Conselheiro Dr. Roberto Magliano de Moraes nº 14/2004:

[...] Em Obstetrícia, distinguem-se os termos abortamento e prematuridade. O primeiro é definido pela interrupção da gravidez com idade igual ou inferior a 20-22 semanas completas, levando-se em conta respectivamente a data da última menstruação ou da ovulação da mulher. Quando não for possível estabelecer com precisão a idade da gestação, considerar-se-á aborto aos produtos de concepção que pesarem 500g ou menos. [...] O conceito atual de Prematuridade ainda é o da Organização Mundial de Saúde (OMS), que em 1972 considerou prematuros as crianças nascidas com menos de 37 semanas completas ou 259 dias, contados a partir do primeiro dia do último ciclo menstrual regular. Estas definições visam uniformizar as condutas éticas e médicas vez que, com a evolução e aperfeiçoamento dos métodos diagnósticos e de assistência neonatal, cada vez mais recém nascidos têm conseguido se beneficiar destes avanços e sobrevividos mais precocemente. As discussões sobre os limites da prematuridade ainda existem, dados os resultados diferentes de sobrevivência observados de acordo com a realidade de cada região. Em sua definição, a OMS se respaldou no fato de que os indicadores de morbidade e de mortalidade

<sup>7</sup> Para maiores informações, conferir página eletrônica da Secretaria de Saúde do Estado do Paraná. Disponível em: <[conselho.saude.gov.br/web\\_comissoes/conep/arquivos/resolucoes/resolucoes.htm](http://conselho.saude.gov.br/web_comissoes/conep/arquivos/resolucoes/resolucoes.htm)>. Acesso em 02 de nov. 2014.

perinatal, para crianças nascidas após a 37ª semana, são muito favoráveis e semelhantes. [...] Aos que pesam menos de 500 gramas, infelizmente, as chances de sobrevivência praticamente inexistem e por este motivo, não são considerados para fins de estatísticas perinatais. Ressalte-se, a título de controvérsia, que este é um argumento puramente biológico. Não se pode esquecer que um nascituro extremamente imaturo, que pesa menos de 500 gramas, mesmo que ainda em fase precoce de desenvolvimento é um ser humano.<sup>8</sup>(grifo nosso)

Desta forma, podemos perceber que ao analisar a definição da obstetrícia, o abortamento seria a interrupção da gravidez com idade igual ou inferior a 20-22 semanas completas, levando-se em conta respectivamente a data da última menstruação ou da ovulação da mulher. Assim, percebemos que o INSS adota o critério da obstetrícia ao definir que parto é o nascimento a partir da 23ª semana de gestação, já que antes disso, na obstetrícia e no posicionamento do INSS o evento seria abortamento.

Assim, para fins do presente estudo, visa-se garantir à segurada que venha a ter seu filho antes do prazo previsto em lei para parto, ou seja, nascimento com vida antes da 23ª semana, *todas* as garantias dadas à maternidade, como a licença e o salário maternidade.

Ou seja, ao direito cabe a defesa da vida, saúde e integridade da mãe e do seu bebê, ainda que, num conceito estritamente ligado à medicina e obstetrícia, a situação pudesse ser caracterizada como abortamento.

### **3 Nascimento com vida anterior à 23ª semana: Análise de concessão de benefício previdenciário salário maternidade**

O objetivo é esclarecer acerca da proteção à maternidade nos casos de nascimento com vida anterior à 23ª semana. O tema pouco tratado e com insuficiente material disponível é importante ser esclarecido mesmo que sejam raros os casos em que o bebê nasça com vida antes da 23ª semana ou sexto mês, pois mesmo sendo raros podem acontecer, e se ocorrer o parto nesse período quais são os direitos da segurada?

Uma mãe que teve o parto prematuro requer além dos cuidados essenciais, um cuidado excessivamente maior, devido a sua fragilidade física e psicológica, além das necessidades do

---

<sup>8</sup> Para maiores informações, conferir “Parecer Conselheiro Roberto Magliano de Moraes 14/2004, de 25.08.2004”. Disponível em: <[www.portalmédico.org.br/pareceres/CRMPB/pareceres/2004/14\\_2004.htm](http://www.portalmédico.org.br/pareceres/CRMPB/pareceres/2004/14_2004.htm)>.. Acesso em 02 nov. 2014.

bebê, já que nasceu antes do tempo normal de gestação. O salário maternidade recebe neste momento uma inegável importância para a segurada, visto o objetivo de prover sua segurança financeira e emocional em um momento de desgaste e de muita responsabilidade.

A discussão abordada é simples: se o parto ocorrer antes da 23ª semana a segurada terá o salário maternidade referente à 120 dias ou 2 semanas? Vemos que se para a concessão do salário maternidade considera-se parto o evento ocorrido após a 23ª semana, antes disso seria considerado um aborto?

Para Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari (2013, p.824) “ainda que em casos de parto antecipado ou não, ainda que ocorra parto de natimorto, este último comprovado mediante certidão específica, a segurada terá direito aos cento e vinte dias previstos em lei”.

Já Fábio Zambitte Ibrahim (2014, p. 668) diz que “a interrupção da gestação após este período, desde que não criminosa, dará direito à licença integral. Antes disso, a segurada terá direito ao salário maternidade correspondente a duas semanas”.

Dessa forma, percebe-se que não há consenso na doutrina acerca da interpretação, gerando dúvidas quanto a sua aplicação, uns defendem que a segurada terá direito a 120 dias e outros a apenas 2 semanas, caso o parto ocorra antes da 23ª semana.

### **3.1 Princípio da Universalidade de cobertura e atendimento e a proteção ao mercado de trabalho da mulher**

Com fundamento legal no Artigo 194, parágrafo único, I, CF/88 o princípio da universalidade está relacionado com o princípio fundamental da isonomia e com o da solidariedade compondo, juntamente com outros princípios, a base da Seguridade Social. Compreende-se a universalidade como a proteção integral de todos os atores sociais. Em caso de necessidade da sociedade, é dever do Estado, por meio de seus órgãos públicos, proporcionar a devida cobertura.

Esse princípio consiste em dois aspectos: o objetivo e o subjetivo. Este implica à proteção dos indivíduos que se encontram no estado de necessidade, com riscos referentes ao meio social, devendo o Estado dar proteção a essas pessoas indistintamente e aquele está relacionado com a cobertura dos riscos sociais, como forma de proporcionar vida digna para o indivíduo quando este se encontrar impossibilitado de prover sua subsistência ou de seus dependentes.

Portanto, todas as trabalhadoras em estado de gravidez encontram-se na mesma contingência: o nascimento do filho. O tratamento diferenciado caso o bebê venha a nascer antes ou após o tempo definido como parto para a legislação previdenciária contraria o princípio da universalidade de cobertura e atendimento, já que faz um tratamento diferenciado e desigual.

O artigo 201, III da CF/88, estabeleceu que:

**Art. 201.** Os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a:

[...]

III - proteção à maternidade, especialmente à gestante;

Desta forma, a Constituição, ao elencar a proteção à maternidade como contingência social a ser coberta pela Previdência, não apresenta limitação, não devendo uma norma administrativa do INSS fazê-lo. Logo, desde que ocorra o nascimento com vida, mesmo que anterior à 23ª semana, a gestante teria a proteção previdenciária integral: salário maternidade por 120 dias, bem como a proteção trabalhista: licença maternidade por 120 dias. Ressaltando que, em caso de nascimento sem vida anterior à 23ª semana, justifica-se a limitação, ou seja, justificasse o pagamento de apenas duas semanas de salário maternidade, posto que não haveria vida a ser protegida. E, claro que se a mulher, por motivo de saúde, não puder retomar seu contrato de trabalho após as duas semanas de afastamento, poderia ser afastada do emprego (primeiros 15 dias pela empresa) 16º dia em diante a cargo do INSS: auxílio-doença.

### 3.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade da pessoa humana para Ingo Wolfgang Sarlet (2001, *apud* FÁVERO FILHO 2010, p. 246) se define como:

a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venha a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Estabelecido como fundamento da República Federativa do Brasil no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, o princípio da dignidade da pessoa humana trata que todas as pessoas merecem ser tratadas de forma igualmente digna pela lei, independentemente de sua situação econômica, social ou intelectual, visto que todos nascem iguais em direitos. Como um dos principais fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana é um princípio basilar no qual a pessoa humana é centro, fundamento e fim das sociedades contemporâneas.

Nesse sentido, o referido princípio foi consagrado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10-12-1948, como essencial a todos os membros da família, com fundamento na liberdade, justiça e paz no mundo.

Também é um princípio importantemente lembrado quando se fala em valorização e proteção do trabalho, quando trata no Art. 170 que “ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna [...]” (*grifo nosso*).

Assim, quando a dignidade da pessoa é lesada e a pessoa se encontra em uma situação de privação de direitos, quando a norma faz uma definição para o conceito de parto, tendeu-se a desigualar as seguradas e ferir o princípio da dignidade da gestante, assim deve-se primar pelo mandamento constitucional da isonomia.

## **Conclusão**

Pode-se extrair através dos estudos realizados que existe uma omissão quando a IN 45 não trata da hipótese de nascimento com vida antes da 23ª semana, assunto abordado nesse trabalho, assim como um conflito entre normas, já que os requisitos para concessão para o salário maternidade, adotados pelo INSS, ferem o princípio da universalidade de cobertura e atendimento e a proteção do mercado de trabalho da mulher bem como o princípio da dignidade da pessoa humana.

Quando ocorre o nascimento com vida antes da 23ª semana a segurada pode correr o risco de não usufruir desse benefício, ocorrendo então uma desigualdade, já que não se pode dar o mesmo tratamento à mulher que tem um parto antes da 23ª semana cujo bebê nasce com vida, àquele dado à mulher que sofre um aborto.

Observou-se que enquanto não for estabelecida uma definição para a interpretação da norma, é melhor sustentar que quando ocorre nascimento com vida antes da 23ª semana a segurada empregada tem direito ao salário maternidade de 120 dias, já que um bebê prematuro requer excessivamente cuidados além da mãe que fica abalada física e psicologicamente. O benefício do salário maternidade tem uma inegável importância, observado que tem finalidade de proteger a integralidade da mulher, bem como facilitar o cuidado com os filhos e a atenção à família, sem prejuízos profissionais, inclusive de seu emprego e de sua renda.

O presente artigo buscou solucionar a dificuldade em interpretar e possibilitar que o benefício seja concedido de forma igualitária, independente do tempo em que ocorrer o nascimento do bebê, primando pelo mandamento constitucional da isonomia e do princípio da dignidade da pessoa humana, resguardando a família que é definida como base da sociedade para CF/88 em seu artigo 226.

Assim, é relevante a atuação do Poder Judiciário na efetivação desses direitos, afastando atos discriminatórios e decidindo em conformidade aos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

### **Referências Bibliográficas**

BRASIL. **Decreto – Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943.** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)> Acesso em 02 nov. 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988.**

Disponível em:

<[www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/con1988\\_05.10.1988/con1988.pdf](http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/con1988_05.10.1988/con1988.pdf)> Acesso em 02 nov. 2014.

BRASIL. **Lei n 8.213, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em:

<[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm)> Acesso em 02 nov. 2014.

BRASIL. **Decreto 3.048, de 06 de maio de 1999.** Aprova o regulamento da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3048.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm)>. Acesso em 31 out. 2014.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista Lazzari. **Manual de Direito Previdenciário.** 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

**Conselho Nacional de Saúde.** Disponível em:

<[conselho.saude.gov.br/web\\_comissoes/conep/aquivos/resolucoes/resolucoes.htm](http://conselho.saude.gov.br/web_comissoes/conep/aquivos/resolucoes/resolucoes.htm)>. Acesso em 02 nov. 2014.

**Dr. Paulo Roberto Silveira.** Disponível em:

<[www.drpaulosilveira.med.br/visualizar.php?id=1625754](http://www.drpaulosilveira.med.br/visualizar.php?id=1625754)>. Acesso em 02 nov. 2014.

FÁVERO FILHO, Nicanor. Trabalho escravo: vilipêndio à dignidade humana. *In*: PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de. **Direitos humanos e direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 241-271.

FREDIANI, Yone. **Direito do Trabalho**. Barueri: Manole, 2011.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: Método, 2013.

HORVATH JUNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**. Barueri: Manole, 2011.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 16. ed. Niterói: Impetus, 2011.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Previdenciário**. 19. ed. Niterói: Impetus, 2014.

INSS. **Instrução Normativa nº 45 de 06 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a administração de informações dos segurados, o reconhecimento, a manutenção e a revisão de direitos dos beneficiários no âmbito do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Disponível em <[www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/inss-pres/2010/45\\_1.htm](http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/inss-pres/2010/45_1.htm)> Acesso em 02 nov. 2014.

**Maternidade Segura**. Disponível em: <[abenfo.redesindical.com.br/arqs/materia/56\\_a.pdf](http://abenfo.redesindical.com.br/arqs/materia/56_a.pdf)>. Acesso em 02 nov. 2014.

MINAS GERAIS. **Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Disponível em <[www.trt3.jus.br](http://www.trt3.jus.br)>. Acesso em 17 nov. 2014

**Parecer Conselheiro Roberto Magliano de Moraes 14/2004 de 25.08.2004**. Disponível em: <[www.portalmedico.org.br/pareceres/CRMPB/pareceres/2004/14\\_2004.htm](http://www.portalmedico.org.br/pareceres/CRMPB/pareceres/2004/14_2004.htm)>. Acesso em 02 nov. 2014.

**Secretaria de Saúde do Estado do Paraná.** Disponível em:

<[www.saude.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=668](http://www.saude.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=668)> Acesso em 02 de novembro de 2014.