XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

ILTON GARCIA DA COSTA

IRINEU FRANCISCO BARRETO JUNIOR

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: Ilton Garcia Da Costa; Irineu Francisco Barreto Junior – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-852-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28 : 2019 :Belém, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Centro Universitário do Estado do Pará
Belém - Pará - Brasil
https://www.cesupa.br/

XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

O XXVIII Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito CONPEDI foi realizado no Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA), na cidade de Belém – Pará, entre os dias 13 a 15 de novembro e elegeu o relevante tema "Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI" como eixo norteador dos seus trabalhos. Como de costume o evento propiciou a aproximação entre professores e pesquisadores de diversos Programas de Pós-Graduação em Direito de todo o Brasil.

Com foco na concretização dos Direitos e Garantias Fundamentais, o Grupo de Trabalho foi coordenado por Prof. Dr Ilton Garcia Da Costa, da Universidade Estadual do Norte do Parana (UENP) e Prof. Dr. Irineu Francisco Barreto Junior, do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU-SP).

Os estudos apresentados no GT reiteram a centralidade dos direitos e garantias fundamentais na agenda jurídica contemporânea. Temas clássicos pautados na proteção de valores liberais, como a proteção da privacidade e da liberdade, permearam o grupo de trabalho juntamente com artigos voltados à Seguridade Social, direito à Saúde, Educação e, em consonância com o espírito do tempo, pesquisas que equiparam o direito ao Meio Ambiente aos direitos fundamentais.

Cabe salientar que o GT se insere, dessa forma, na agenda contemporânea de discussões que envolvem a constitucionalização dos direitos e as teorias de ponderação entre princípios e normas fundamentais. Essa abordagem, simultaneamente, expande o escopo dos direitos humanos e admite a presença de desafios à sociedade brasileira, especialmente voltados a oferecer respostas a essas novas demandas, em tempos de crise econômica e efervescência política e social.

Os coordenadores do GT convidam os leitores a conhecer o teor integral dos artigos, com a certeza de profícua leitura, e encerram essa apresentação agradecendo a possibilidade de dirigir os debates entre pesquisadores altamente qualificados.

Prof. Dr. Ilton Garcia Da Costa. Universidade Estadual do Norte do Parana (UENP).

Prof. Dr. Irineu Francisco Barreto Junior. Mestrado em Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU-SP.

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

SALÁRIO-MATERNIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL: INCONSTITUCIONALIDADE DA IMEDIATIDADE DA CARÊNCIA PARA A SEGURADA ESPECIAL

MATERNITY PAY AS A FUNDAMENTAL LAW: UNCONSTITUTIONALITY OF THE IMMEDIATE NEED FOR THE SPECIAL INSURED

Liara Jaqueline Fonseca Rocha [1]
Jeaneth Nunes Stefaniak [2]

Resumo

O objetivo do artigo é verificar se o estabelecimento de prazo de carência de dez meses imediatamente ao parto para a segurada especial ter direito ao salário-maternidade é constitucional. Para alcançar este objetivo, desenvolve-se uma pesquisa de natureza bibliográfica com utilização do método dedutivo. A análise da inconstitucionalidade é realizada a partir de quatro princípios: dignidade da pessoa humana; legalidade; uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços para o trabalhador urbano e rural; e, proteção à maternidade. Sustenta-se a existência de inconstitucionalidade material por violação aos princípios apontados.

Palavras-chave: Salário-maternidade, Segurada especial, Direito fundamental, Período de carência, Inconstitucionalidade material

Abstract/Resumen/Résumé

The objective of this paper is verifying whether the establishment of a 10-month grace period immediately before to childbirth for a special insured to be entitled to maternity-pay is constitutional. To achieve this goal, a bibliographic research is carried out using the deductive method. The analysis of unconstitutionality is based on four principles: dignity of the human person; legality; uniformity and equivalence of benefits and services for urban and rural workers; and maternity protection. The existence of material unconstitutionality by violation of the above principles is maintained.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Maternity pay, Special insured, Fundamental law, Grace period, Material unconstitutionality

[1] Juíza Leiga no TJPR; Advogada Sênior; Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Estadual de Ponta Grossa/PR e Especialista em Direito Previdenciário pela ESMAFE/RS.

[2] Doutora em Direito pela PUC/PR e professora adjunta do Departamento de Relações Sociais na UEPG/PR

1 INTRODUÇÃO

A efetividade dos direitos sociais é o maior desafio do direito. A previsão no texto constitucional, a configuração dos institutos no âmbito infraconstitucional, a atuação do poder público para a implementação de políticas públicas com o objetivo de criarem-se as condições necessárias à concretização, são toda as ações que visam alcançar os fins almejados. A discussão da constitucionalidade de qualquer instituto, portanto, pode contribuir para a consecução destes objetivos.

Cabe, primeiramente, justificar a escolha do tema sobre dois aspectos. O primeiro de ordem pessoal, para explicar que no exercício da advocacia previdenciária deparei-me com situações de deferimento/indeferimento de benefício de salário-maternidade à segurada especial, sendo que, os casos de indeferimento sempre se justificaram pelo não cumprimento do período de carência de 10/12 meses imediatamente anteriores ao parto, ainda que fosse comprovado o exercício de trabalho rural por período superior aos 10 meses.

O segundo aspecto, portanto, nasce das situações fáticas que embora fossem merecedoras da proteção social, por questão objetiva deixaram de ser atendidas. Sabendo-se, obviamente, que a aplicação pelo judiciário não era ilegal, posto que baseada na Lei de Benefícios e no Regulamento da Previdência Social, propus-me a levantar uma hipótese de trabalho para a pesquisa que pudesse discutir a eventual existência de (in)constitucionalidade da exigência trazida pelo legislador.

Faz-se, então, neste artigo a opção de trabalhar com dois tópicos, sendo que primeiramente aborda-se a seguridade social na CF/88, a estrutura normativa da previdência social e, por fim, analisa-se a forma de concessão do benefício do salário maternidade para a segurada especial, e num segundo momento, trabalham-se os princípios constitucionais que serão tomados como parâmetros para a análise da (in)constitucionalidade da exigência de comprovação da atividade rural no período de carência de 10 meses imediatamente anteriores ao parto.

O primeiro princípio a ser abordado é o princípio da dignidade da pessoa humana previsto no inciso III do artigo 1° da CF, justificando-se a eleição deste princípio por se tratar de um princípio fundamental que nesta condição orienta toda a intepretação/aplicação da constituição e sua delimitação material se realiza com a previsão de outros direitos fundamentais previstos na Carta Magna que definem o seu contorno.

O segundo princípio é um princípio estrutural da seguridade social e está previsto no inciso II do art. 194 da CF: princípio da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços

às populações urbanas e rurais. A escolha deste princípio justifica-se pelo próprio tema, já que se busca analisar a questão da constitucionalidade de exigência de carência imposta à trabalhadora rural na qualidade de segurada especial.

E o terceiro e último princípio a ser abordado é o princípio da proteção à maternidade, princípio específico da previdência social que está previsto no inciso II do art. 201 da CF, e que está diretamente relacionado à discussão objeto desta monografia, já que é a partir da interpretação deste princípio, com a delimitação material de seu alcance, e definição do seu âmbito de proteção que será possível sustentar ou não a existência de (in)constitucionalidade da imposição de carência.

A pesquisa que se realizou é de ordem bibliográfica e documental, sendo que as principais fontes de pesquisa para a elaboração do trabalho foram, primeiramente, os atos normativos (Constituição, Leis, Decretos, etc.), as decisões do TRF4, artigos, dissertações e livros. O método é o lógico-dedutivo, considerando-se que se parte dos aspectos gerais relativos ao tema para se chegar a uma análise específica, a partir das premissas dadas.

O desenvolvimento do trabalho fez uma abordagem instrumental dos princípios que foram escolhidos para a análise, ciente de que a verificação de constitucionalidade de qualquer ato normativo infraconstitucional pode-se realizar de forma bastante ampla, o que fugiria dos limites e propósitos deste artigo. Evidente que a análise não é o fim, mas o começo; uma provocação para outros trabalhos de maior envergadura, com respaldo inclusive em pesquisas empíricas.

2 SEGURIDADE SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Num contexto de ataques aos direitos sociais perpetrados pelo atual governo, justifica-se, antes de adentrar ao tema principal do trabalho, expor de modo geral como a Constituição Federal de 1988 estruturou a proteção social do trabalhador na seguridade social. A matéria é tratada especificamente no Título VIII – DA ORDEM SOCIAL e de forma mais específica no Capítulo II – Da Seguridade Social que é sustentada no tripé da saúde (Seção II), previdência social (Seção III) e assistência social. (Seção IV).

> Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.
> Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:
> I - universalidade da cobertura e do atendimento;
> II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;
> IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;

> V - eqüidade na forma de participação no custeio;
> VI - diversidade da base de financiamento;
> VII - caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com a participação da comunidade, em especial de trabalhadores, empresários e aposentados. (BRASIL, 1988).

Pode-se afirmar que o tratamento normativo dispensado pela Constituição de 1988 está conforme os mais avançados princípios que regem a matéria. A questão recai sempre na forma como serão concretizados estes dispositivos constitucionais, vez que dependem da atuação do legislador num primeiro momento, e, sobretudo da atuação do poder executivo, sendo que nem sempre legislador e executivo atuam alinhavados com os comandos constitucionais, embora o devessem[1].

> A Constituição acolheu uma concepção de Seguridade Social cujos objetivos e princípios se aproximam bastante daqueles fundamentos (art. 194), ao estabelecer seus objetivos (art. 194, parágrafo único) e o seu sistema de financiamento (art. 195), que examinaremos mais de perto nos comentários a esses dispositivos. Essa concepção imanta os preceitos sobre os direitos relativos à Seguridade, que hão de ser interpretados segundo os valores que informam seus objetivos e princípios. Nesses termos, a Seguridade Social constitui o sistema mais perfeito de proteção social contra o risco social suscetível de impedir total ou parcialmente o exercício da atividade profissional ou de diminuir a capacidade de ganho. A promessa da Constituição atende aos princípios doutrinários mais avançados na matéria, mas a prática está muito longe desses desideratos. (SILVA, 2005, p. 559)

Os dispositivos que regem a Seguridade Social na Constituição da República Federativa do Brasil enunciam disposições que traduzem a opção do constituinte por um sistema de ampla e integral proteção do trabalhador. Sistema de proteção social, diga-se de passagem, que tem sido modificado ao longo destes anos pelas reformas já realizadas, e, em especial, pelo atual governo, claramente contrário às pautas vinculadas à proteção dos direitos sociais.

Sem descurar da importância do estudo a saúde e da assistência social, considerando que se tratam de desdobramentos dos direitos sociais previstos na Constituição, e de que os direitos fundamentais são interdependentes, realiza-se um recorte para abordar especificamente

---

[1] Neste sentido é oportuna a referência a decisão do Superior Tribunal de Justiça: "PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. SALÁRIO-MATERNIDADE. LEI 8.861/94. PRAZO PRESCRICIONAL NONAGESIMAL. NÃO INCIDÊNCIA. 1. O salário-maternidade foi instituído com o objetivo de proteger a maternidade, sendo, inclusive, garantido constitucionalmente como direito fundamental, nos termos do art. 7º da CF; assim, qualquer norma legal que se destine à implementação desse direito fundamental deve ter em conta o objetivo e a finalidade da norma magna. 2. Incabível o reconhecimento de prazo prescricional, previsto por lei infraconstitucional (Lei 8.861/94), capaz de extinguir o direito adquirido da segurada ao salário-maternidade, simplesmente por não ter a segurada efetuado o requerimento no exíguo prazo de 90 dias, quando se trata de benefício oriundo do próprio Texto Constitucional e sem qualquer restrição quanto à data de seu requerimento. 3. Recurso Especial do INSS desprovido. (STJ, REsp. 957.389/CE, Napoleão Maia, 5. Turma, DJe, 24.11.08)

a previdência social, e, em especial, o trabalhador rural, para, afinal analisar se o benefício do salário maternidade para a mulher trabalhadora rural como positivado é violador de princípios constitucionais.

2.1 Previdência social: estrutura normativa

A previdência social está referenciada na Constituição Federal no artigo 201. É de caráter contributivo e de filiação obrigatória, sendo estabelecidas as finalidades a serem alcançadas pela previdência social. O enunciado normativo vincula o legislador aos objetivos fixados, já que se utiliza da expressão "nos termos da lei" no texto. Considerando que se fará posteriormente a referência aos dispositivos do artigo 201 da CRFB, menciona-se, literalmente, o contido neste artigo e seus incisos.

> Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e atenderá, nos termos da lei, a:
> I – cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;
> II – proteção à maternidade, especialmente à gestante;
> III – proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;
> IV – salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa-renda;
> V – pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2 . (BRASIL, 1988)

Ainda que pareça óbvio, é preciso afirmar que a Constituição Federal é a principal fonte de direito, em outras palavras, os demais atos normativos só se justificam se estiverem conformes à Constituição; fator decorrente da rigidez constitucional, característica estrutural desta (FERRAJOLI, 2015), e não só elemento de classificação. O aspecto substancial ou material decorre, portanto, da leitura e da interpretação do texto constitucional.

No campo infraconstitucional destacam-se como principais fontes do direito: a) Lei n. 8.213/91, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social; b) Lei n. 8.212/91, que institui o Plano de Custeio e trata da organização da Seguridade Social; c) Decreto n. 3.048/99 que aprovou o Regulamento da Previdência Social e, por fim, d) Instrução Normativa do INSS n. 77/2015, que estabelece rotinas para uniformização dos atendimentos para assegurar os direitos dos segurados.

A visualização deste quadro normativo, ainda que de forma básica, é necessária considerando o fato de que a abordagem do trabalho é estritamente dogmática. Não se retira a importância de outras abordagens a partir de outros métodos, nos limites do trabalho proposto, o que se busca é a solução de problemas a partir do direito posto, priorizando-se um enforque

dogmático, que se preocupa "[...] em possibilitar uma decisão e orientar a ação" (FERRAZ Jr., 2013, p. 19).

A proteção à maternidade está incluída nas metas de atendimento da Previdência Social (inciso II do artigo 201 da CF), mas também é objetivo da assistência social (inciso I do artigo 203 da CF), respectivamente, "II – proteção à maternidade, especialmente à gestante" e "I – a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice". O § 3º do artigo 39 da CF reconhece aos servidores públicos ocupantes de cargos o direito previsto no inciso XIII do art. 7

Outras remissões normativas podem ser indicadas: a) Inciso XX do artigo 7º da CF institui princípio de proteção ao mercado de trabalho da mulher; b) artigos 391 a 397 da CLT, trata da proteção à maternidade; c) artigos 71 a 72 da Lei n. 8.213/91 regulamentam o benefício nominado como salário-maternidade. Sem prejuízo de análise posterior quanto ao alcance desta proteção, as referências aos dispositivos da CF e das leis evidenciam ao menos uma concretização legislativa da proteção[2].

2.2 Salário-maternidade da segurada especial: reconhecimento e concessão

A redação originária do artigo 71 da Lei n. 8.213/91 reconhecia o direito ao salário-maternidade apenas à segurada empregada, à trabalhadora avulsa e à empregada doméstica. A primeira alteração do dispositivo originário virá com o advento da Lei n. 8.861/94 que irá incluir entre os beneficiários a segurada especial. A Lei n. 9876/99 manterá a segurada especial no rol de beneficiários, e por fim o reconhecimento à toda segurada do RGPS se dará com a Lei n. 10.710/2003.

> Artigo 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 antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade. (BRASIL, 2003) – sem destaque no original -

Considerando o teor do enunciado do artigo 71 não há dúvida quanto ao direito da segurada especial a ter acesso ao salário-maternidade. Reconhece-se, obviamente, pelo breve histórico das alterações legislativas deste dispositivo, que o legislador, quanto à ampliação do acesso ao benefício, andou conforme a Constituição, ao menos neste item. Analise-se, agora, de forma específica, quais as condições para a concessão do benefício.

[2] A Súmula 244 do Tribunal Superior do Trabalho disciplina a estabilidade para a gestante, garantia que não depende do conhecimento, pelo empregador, da gravidez.

As exigências para a obtenção do benefício não estão estabelecidas na Lei de Benefícios da Previdência Social, mas estão colocadas no Decreto n. 3.048/99 que aprovou o Regulamento da Previdência Social. O Decreto dispensa tratamento específico ao salário-maternidade nos artigos 93 a 103. Quanto à segurada especial faz referência pontual no § 2º do artigo 93. E, exatamente, quanto à exigência constante neste dispositivo é que se propõe a reflexão. Diz o enunciado:

> Decreto n. 3.048/99
> [...]
> Artigo 93. O salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante cento e vinte dias, com início vinte e oito dias antes e término noventa e um dias depois do parto, podendo ser prorrogado na forma prevista no § 3º.
> [...]
> § 2º Será devido o salário-maternidade à segurada especial, desde que comprove o exercício da atividade rural nos últimos dez meses imediatamente anteriores à data do parto ou do requerimento do benefício, quando requerido antes do parto, mesmo que de forma descontínua, aplicando-se quando for o caso, o disposto no parágrafo único do artigo 29.

Infere-se do enunciado normativo do § 2º que acesso ao benefício pela segurada especial está condicionado à comprovação do exercício da atividade rural nos últimos dez meses imediatamente anteriores à data do parto. Inicialmente, a exigência para a segurada especial é de que comprovasse atividade rural nos doze meses imediatamente anteriores ao do início do benefício. A modificação da exigência, evidentemente, foi benéfica.

Quanto à exigência de comprovação da atividade rural, tem-se justificado com o argumento de que há diferença de participação no custeio da seguridade social para o segurado especial, já que a Constituição determina que o cálculo da contribuição se faça tomando-se por base o produto da comercialização de sua produção (CASTRO; LAZZARI, 2013, p. 212), ou seja, a exigência estaria em conformidade com o princípio da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços.

Nesta primeira parte do trabalho, buscou-se expor de forma sucinta a referência à proteção que se encontra na CF e na legislação trabalhista e previdenciária, sem qualquer pretensão de esgotar a matéria, mas com a finalidade de retratar de forma mínima o desenho do tratamento dispensado ao salário-maternidade da segurada especial. Nos tópicos seguintes, para preparar a análise quanto à constitucionalidade da exigência, abordam-se os princípios para a discussão da constitucionalidade.

3 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: PARÂMETROS PARA O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Neste tópico analisam-se os princípios constitucionais, em especial, quanto ao alcance material dos enunciados normativos que os disciplinam, já que na interpretação/aplicação do texto constitucional, podem ser utilizados como parâmetros para análise das disposições que regulamentam a proteção à maternidade, em especial, quanto ao concessão do salário-maternidade à segurada especial, objeto de análise.

Para cumprir este desiderato, a análise se restringirá aos seguintes princípios da Constituição Federal: a) Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (inc. III do art. 1º, inc. III) – princípio fundamental; b) Princípio da Universalidade da Cobertura e do Atendimento (inc. I do parágrafo único do artigo 194) – princípio estrutural; c) Princípio de Proteção à maternidade, especialmente à gestante (inc. II do art. 201 da CF).

3.1 A dignidade da pessoa humana: delimitação e alcance

A dignidade da pessoa humana está enunciada como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil no inciso III do artigo 1º do "Título I – Dos Princípios Fundamentais" da CF. É inegável o reconhecimento da dignidade humana enquanto princípio. Para Serau Júnior (2009, p. 302-303) a seguridade social se constitui em direito fundamental material e ancora-se na dignidade da pessoa humana, diz:

> O princípio da dignidade da pessoa humana dá suporte à seguridade social, como direito fundamental material, pelo fato de que impõe o atendimento das necessidades básicas vitais das pessoas. A seguridade social é justamente compreendida como a estrutura estatal (de serviços e políticas públicas) de atendimento e amparo às situações configuradas como contingências sociais (a saber, exemplificativamente: o desemprego involuntário, a fome, a pobreza, a doença, a invalidez etc.

A delimitação do âmbito de proteção da dignidade da pessoa humana, obviamente, não se constitui em tarefa fácil, considerando-se o fato de que estamos diante do que a doutrina denominou como norma de textura aberta. Ou seja, os vocábulos utilizados na redação do enunciado normativo têm diversos significados, não sendo possível estabelecer uma definição fechada para dignidade. Sarlet (in CANOTILHO et. al., 2013, p. 125), com precisão, identifica as dificuldades:

> As afirmações precedentes, embora endossadas pela tradição jurídico-político-filosófica prevalentemente ocidental, evidentemente, ainda não permitem que se tenha uma noção relativamente clara a respeito do conceito de dignidade da pessoa humana, especialmente para efeitos de sua aplicação na esfera jurídica, onde, a exemplo dos demais princípios e direitos e garantias fundamentais, não se pode prescindir de uma determinação do âmbito de proteção da norma, precisamos para que se possa identificar quais são as situações tuteladas juridicamente. Embora evidente a dificuldade, consoante exaustiva e corretamente destacado na doutrina, a busca de uma definição ao mesmo tempo aberta e minimamente objetiva impõe-se também em face da exigência de um certo grau de segurança e estabilidade jurídica,

> inclusive para evitar que a dignidade continue a justificar o seu contrário. Uma aproximação conceitual, todavia, há que levar em conta a multidimensionalidade da dignidade da pessoa humana, que também assume relevância para o Direito.

Cônscio das dificuldades que estão no entorno da discussão, sem desmerecer os caminhos já trilhados, e na compreensão de que os limites deste trabalho não permitem a verticalização da pesquisa, a delimitação do âmbito de proteção da dignidade estará adstrito a hipótese/problema proposto, ou seja, apropria-se da discussão quanto à dignidade da pessoa humana de forma instrumental; adstrita à dogmática. Aduz Sarlet (Dignidade da pessoa humana na Constituição, p. 52):

> (...) dignidade da pessoa humana, compreendida como vedação da instrumentalização humana, em princípio, proíbe a completa e egoística disponibilização do outro, no sentido de que se está a utilizar outra pessoa apenas como meio para alcançar determinada finalidade, de tal sorte que o critério decisivo para a identificação de uma violação da dignidade passa a ser (pelo menos em muitas situações, convém acrescer) o do objetivo da conduta, isto é, a intenção de instrumentalizar (coisificar) o outro.

A "coisificação" do indivíduo é o principal ponto percebido na conduta de alguém subordinar a parte mais fraca da relação quando a submete à condição análoga à de um escravo, já que não possibilita a autodeterminação do sujeito. Este raciocínio aplica-se quando se tem a criação de obstáculos instransponíveis à segurada especial quanto ao salário-maternidade implica na subordinação permanente e contínua a um sistema produtivo excludente. Delgado (2006, p. 43-44)

> A ideia de dignidade não se reduz, hoje, a uma dimensão estritamente particular, atada a valores imanentes à personalidade e que não se projetam socialmente. Ao contrário, o que se concebe inerente à dignidade da pessoa humana é também, ao lado dessa dimensão estritamente privada de valores, a afirmação social do ser humano. A dignidade da pessoa fica, pois, lesada caso ela se encontre em uma situação de completa privação de instrumentos de mínima afirmação social. Enquanto ser necessariamente integrante de uma comunidade, o indivíduo tem assegurado por este princípio não apenas a intangibilidade de valores individuais básicos, como também o mínimo de possibilidade de afirmação no plano social circundante.

Após analisar alguns aspectos relativos a fundamentação teórica do que se entende por dignidade da pessoa humana, Sarlet propõe uma conceituação jurídica da dignidade da pessoa humana em que visa abarcar tanto a perspectiva ontológica quanto a perspectiva instrumental, destacando a sua faceta intersubjetiva (relacional), na dimensão, simultaneamente, negativa (defensiva) e positiva (prestacional), chegando a seguinte conceituação:

> Assim sendo, temor por dignidade da pessoa humana 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, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra

> todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável (sic) nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, p. 60)

A dimensão da proteção que decorre do princípio da dignidade humana, não deve contemplar apenas a proteção em situações específicas, em que se tem a dimensão subjetiva dos direitos, mas também, quanto a intervenção do Estado, para assegurar uma proteção no campo social, ligando-se com a liberdade e os meios de assegurar a vivência de toda a família. Destaca Sarlet (2005, p. 72), a dupla dimensão, enquanto direito fundamental, da dignidade humana:

> A dignidade da pessoa humana (no caso, o artigo 1°, inciso III, da Constituição de 1988), contém não apenas mais de uma norma, mas que esta(s), para além de seu enquadramento na condição de posições jurídico-subjetivas, isto é, norma(s) definidora(s) de direitos e garantias, mas também de deveres fundamentais.

A proteção da maternidade é contemplada tanto no direito previdenciário quanto no direito do trabalho, e é na aplicação dos dispositivos normativos que se referem a esta proteção que se deve verificar a contemplação desta dimensão da dignidade, que se refere a proporcionar condições para que o trabalho realizado pela segurada, possibilite as condições de uma vida digna para si e sua família. Brito Filho (2005, p. 88) explica esta dimensão material da dignidade:

> Não se pode falar em dignidade da pessoa humana se isso não se materializa em suas próprias condições de vida. Como falar em dignidade sem direito à saúde, ao trabalho, enfim, sem o direito de participar da vida em sociedade como mínimo de condições.

Indissociável a discussão acerca das condições do trabalho, em especial, do trabalho da segurada especial. A dignidade humana é núcleo material da valorização do trabalho. Este aspecto, não pode deixar de ser mencionado, já que a possibilidade de acesso ao benefício do salário-maternidade está condicionada a comprovação da atividade rural. Diz Ledur (2005, p. 89):

> [...] a realização do direito do trabalho fará com que a dignidade humana assuma nítido conteúdo social, na medida em que a criação de melhores condições de vida resultar benéfica não somente para o indivíduo em seu âmbito particular, mas para o conjunto da sociedade.

Deve-se garantir ao cidadão o direito de ter uma vida digna, sendo que o trabalho é um caminho para este desiderato e, para a trabalhadora rural na condição de segurada especial, não só o trabalho, mas a criação de condições necessárias para uma vida digna e de sua família, sendo a proteção à maternidade um dos modos de concretização da dignidade da

pessoa humana. Assim, não concretizar a proteção à maternidade é violar a dignidade. Explique-se:

> Embora na ordem constitucional brasileira, especialmente em face da amplitude do catálogo constitucional, nem todos os direitos fundamentais tenham um fundamento direito da dignidade da pessoa humana (o que não lhes seria necessariamente a condição de direitos fundamentais), segue sendo correta a afirmação de que, em sua maioria, os direitos fundamentais constituem, em maior ou menor medida, explicitações, ou, como preferem outros, densificações do princípio da dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade humana.
> [...]
> O que importa frisar, ainda neste contexto, é que a relação entre dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais é uma relação sui generis, visto que a dignidade opera simultaneamente como elemento constitutivo (quando for o caso) e medida dos direitos fundamentais. Em regra, portanto, uma violação de um direito fundamental poderá estar vinculada a uma ofensa da dignidade da pessoa humana.

Como dito, não se pretendeu esgotar a discussão da matéria, e sim, tangenciar a discussão acerca da dignidade humana, em especial, quanto à leitura de que sua densificação se realiza na concretização dos direitos fundamentais, e, no limites do trabalho, em especial, da proteção à maternidade, especialmente à gestante (inc. II, art. 201, CF) e da licença à gestante (inc. XVIII, art. 7º, CF), sem prejuízo do emprego e do salário.

Evidencia-se, pelo tratamento dispensado à matéria pela Constituição Federal, que o constituinte ao recortar do campo da realidade situações que entendeu serem merecedoras de proteção, no caso deste trabalho, a proteção à maternidade que foi elencada como princípio a ser concretizado, por intermédio da intervenção do legislador e da atuação da administração, sem estabelecer qualquer hipótese de exclusão.

Não se mostra possível, portanto, num primeiro momento, sem que se verifique de que forma se deu a intervenção do legislador ao regulamentar o acesso ao salário-maternidade pela segurada-especial, já que, é desta análise que se verificará se a intervenção se justifica constitucionalmente, ou, em outras palavras se está conforme à Constituição, compreender se houve não a violação dignidade humana.

3.2 Princípio da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais

Acolhe-se inicialmente, antes de se realizar a abordagem para delimitação do alcance e da extensão deste princípio, esclarecer que a Constituição ao se referir a universalidade da cobertura e do atendimento a elenca como um objetivo de organização da previdência social. No entanto, a interpretação mais adequada é de que a expressão objetivos é equivocada, já que se elencam princípios que devem orientar a organização da previdência social.

> A CF, no parágrafo único do artigo 194, declara que ˜compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a Seguridade Social", com base nos objetivos ali enumerados. Há, certamente, aí, uma impropriedade, porque nada se organiza como base em objetivos. Pode-se organizar algum plano, projeto ou programa, inclusive da Seguridade Social, para atingir objetivos. Objetivo é meta para onde tendem atividades. Em verdade, nenhum dos incisos daquele parágrafo único contém objetivo a ser atingido, mas princípios orientadores, regentes, da organização da Seguridade Social. Então, o que o texto significa é que a Seguridade Social deve ser organizada com base nos princípios indicados naqueles incisos. (SILVA, 2005, p. 760)

O texto constitucional, já citado inicialmente, condiciona evidentemente toda a atuação dos poderes públicos. Frise-se que a Constituição não se refere a um dos poderes constituídos em específico, e, sim, atribui ao "poder público" a competência para organizar a previdência social, devendo-se nortear pelos objetivos, ou seja, princípios elencados nos incisos I a VII do parágrafo único do artigo 194 da Constituição Federal.

Interessa aqui a análise do alcance do princípio da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais. Em que medida, em verdade, poder-se-á afirmar se houve ou não a observância deste princípio, primeiramente, pelo legislador, e, num segundo momento pelo poder executivo. Evidente a delimitação do alcance depende da atribuição de sentido ao disposto na Constituição. SILVA (2005, p. 761) propõe uma leitura deste princípio:

> Os princípios da uniformidade e da equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais refirma a ideia de uma Seguridade Social destinada a atender a toda a população, sem distinção de sua localização. O princípio da uniformidade significa que as prestações da Seguridade Social em benefícios como em serviços devem estender-se indistintamente às populações urbanas e rurais – isso para evitar o que já ocorreu: os trabalhadores urbanos recebiam benefícios e serviços previdenciários, enquanto os trabalhadores rurais não tinham cobertura alguma. Aqui, o princípio da uniformidade acaba tendo o mesmo sentido do princípio da universalidade subjetiva: extensão de benefícios e serviços a toda a população. O princípio da equivalência significa que os benefícios e serviços prestados à população urbana, e vice-versa. A uniformidade está na extensão dos benefícios a ambas as populações. A equivalência está na igualdade dos valores dos benefícios e serviços prestados a uma e a outra.

Entende Ibrahim (2012, p. 5) que as disposições constitucionais do artigo 194, parágrafo único e incisos da CF, indicam que o constituinte originário pretendeu criar um sistema protetivo, que não tinha precedentes no país, para assegurar o bem estar da pessoa, com a finalidade de lhe garantir, minimamente, uma vida digna, convocando o Estado a assumir a responsabilidade pela criação das condições necessárias a tal desiderato. Cunha (1999, p. 17), quanto ao alcance do princípio:

> A isonomia é um princípio que comporta método de correção de desigualdades, e não quis o legislador constituinte, com isto, dizer que os trabalhadores rurais e urbanos deveriam ser tratados de forma absolutamente igual, quando diferentes são

> os meios em que vivem, os salários, as condições de educação e justiça social, bem como de fiscalização das normas trabalhistas e previdenciárias.

Ou seja, o princípio da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais implica para sua concretização um tratamento distinto conforme cada situação, para que se respeite a isonomia. Portanto, "nessa perspectiva, há distinções quanto aos benefícios que ele pode perceber e também quanto ao valor das prestações" (ROCHA, 2018, p. 14) Cabe, assim, verificar se se justificam constitucionalmente as distinções impostas.

Considerando o teor e alcance deste princípio, o exame das normas infraconstitucionais demonstrou que o legislador ampliou significativamente o acesso ao benefício do salário-maternidade. A legislação foi ampliando as hipóteses até que em 1999 houve o reconhecimento de forma irrestrita a todas as seguradas do regime geral de previdência social, demonstrando a "ampliação da cobertura e do atendimento".

No entanto, as exigências para o acesso ao salário-maternidade pela trabalhadora rural, em especial, quanto à comprovação da atividade rural em prazo imediatamente anterior, não atende a isonomia, não por considerar a carência, mas porque o tratamento dispensado à trabalhadora rural cria requisito que desconsidera a realidade fática do trabalho rural da segurada especial, impedindo-a de usufruir da proteção à maternidade elencada na Constituição enquanto princípio norteador da previdência.

3.3 Da proteção à maternidade

No inciso II do artigo 201 da CF elenca-se a proteção à maternidade, especialmente à gestante como um dos objetivos a serem atendidos na organização da previdência social. Vale, aqui, as considerações já feitas no tópico anterior, ainda que não se utilize a expressão objetivo, no texto do caput a redação autoriza afirmar que se trata de fim a ser alcançado pelo uso do verbo "atenderá", desvelando-se como norma de teor programático. Eis o teor dos dispositivos.

> Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:
> [...]
> II – proteção à maternidade, especialmente à gestante.

Ao proteger a maternidade, em especial, a mulher gestante, a Constituição criou mecanismo para colocação e permanência da mulher no mercado de trabalho[3], amparando a mulher na condição de gestante e a criança no período pós-parto. Historicamente, o interesse pela mão de obra feminina irá ocorrer após a revolução industrial, quando a mulher começa a trabalhar nas fábricas e passa a contribuir com o orçamento doméstico (BACHUR; MANSO, 2011, p. 21).

Este interesse foi ampliado à época, como diz Martins (2013, p. 654) porque "[...] as mulheres sujeitavam-se a jornadas de 14 a 16 horas por dia, salários baixos, trabalhando em condições prejudiciais à saúde e cumprindo obrigações além das que lhes eram possíveis, só para não perder o emprego". Buscou-se o reconhecimento de direitos para proteção das mulheres sob os seguintes fundamentos:

> 1 – Fundamento fisiológico: a mulher não é dotada da mesma resistência física do homem e sua constituição é mais frágil, de modo a exigir do direito uma atitude diferente e mais compatível com seu estado;
> 2 – Fundamento Social: interessa à sociedade a defesa da família, daí por que o trabalho da mulher deve ser especialmente protegido de tal modo que a maternidade e as solicitações dela decorrentes sejam devidamente conciliadas com as ocupações profissionais.

Obviamente que tais fundamentos, aqui acolhidos, justificam a realização das discriminações positivas para assegurar um tratamento diferenciado à mulher, o qual se justifica constitucionalmente, não só pela previsão contida no enunciado do inciso II do art. 201 da CF, mas também, pelas demais remissões normativas, tal como, a licença-maternidade prevista como direito fundamental na CF e a regulamentação nos artigos 391 a 400 da CLT. Martins (2016, p. 899-900) explica:

O ônus do pagamento passou à previdência social. Desta forma, "Considerada a maternidade como contingência protegível, o instituto trabalhista transformou-se em benefício previdenciário, embora a razão da transferência do ônus previdenciário tenha sido evitar discriminação contra as mulheres" (MARTINEZ, 2011, p. 890). Evidencia-se, assim, que a concretização da proteção à maternidade depende atuação propositiva do legislador e do executivo.

Os teóricos do direito abordam a discussão do salário-maternidade para demonstrar a evolução da legislação protetiva da maternidade, tanto no campo previdenciário como no campo trabalhista, no entanto, em nenhum dos autores surge uma discussão quanto à delimitação da área de proteção do direito fundamental à proteção da maternidade. Esta análise

[3] O inc. XX do art. 7° da CF reconhece como direito social das trabalhadoras "proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei".

é imprescindível para a verificação da constitucionalidade da atuação do legislador na regulamentação do instituto.

Indaga-se, assim, o que o constituinte procurou abarcar com a expressão "proteção à maternidade. O que se protege? O que se protege é a maternidade. Ou seja, não se protege especificamente a mulher, ou criança, ou a gravidez, o que se protege é a maternidade. Trata-se de garantia institucional[4]. Coelho (2016, p. 57), referindo-se as preocupações da OIT quanto à proteção da maternidade, delineia materialmente, o que compreenderia a proteção à maternidade.

> A proteção da maternidade sempre foi uma preocupação da OIT, desde o primeiro ano de sua existência, em 1919, quando foi adotada a Convenção sobre a Proteção à Maternidade (no 3). A intenção, desde então, foi garantir que as mulheres pudessem combinar seus papéis de trabalhadoras e de mães e prevenir um tratamento desigual por parte do empregador em razão desse papel. As convenções de proteção à maternidade foram atualizadas, e estão hoje em vigor a Convenção no 183 e a Recomendação no 191.
> O objetivo dessa proteção é resguardar a saúde da mãe e de seu filho ou filha, bem como proteger a trabalhadora de qualquer discriminação baseada na sua condição de mãe. A proteção à maternidade contribui para a consecução de três Objetivos de desenvolvimento do Milênio (ODM), adotados pelos países-membros das nações unidas: ODM 3, sobre a promoção da igualdade de gênero e a autonomia das mulheres; ODM 4, relativo à redução da mortalidade infantil; e ODM 5, relativo a melhorias na saúde materna. (COELHO, p. 57)

O inciso XX do artigo 7° da CF, ao enunciar a proteção ao mercado de trabalho da mulher, também se utiliza da expressão "nos termos da lei", exigindo-se de igual forma a lei em sentido formal. A Lei n. 9.799 de 26-5-1999 inseriu na Consolidação das Leis do Trabalho regras específicas sobre o acesso ao mercado de trabalho da mulher, trata da matéria nos artigos 372 a 401. Nos incisos II, IV e V do art. 373-A veda ações que sejam contrárias ao estado de gravidez.

> Art. 373-A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado:
> [...]
> II – recursar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, à idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível;
> [...]
> IV – exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação da esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego;

[4] Diz Bonavides (2006, p. 542), estribado em sólida doutrina, que: "A garantia institucional visa, em primeiro lugar, assegurar a permanência da instituição, embargando-lhe a eventual supressão ou mutilação e preservando invariavelmente o mínimo de substantividade ou essencialidade, a saber, aquele cerne que não deve ser atingido nem violado, porquanto se tal acontecesse, implicaria já o perecimento do ente protegido˜.

> V - impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, cor, situação familiar ou estado de gravidez. – sem destaque no original

É também na CLT que se estabeleceu a proteção à maternidade. Dos artigos 391 a 401 fixam-se as regras para proteção da maternidade e regulamenta-se a forma de usufruir a licença-maternidade. A partir da leitura destes dispositivos, pode-se indicar que integra o núcleo material desta proteção à maternidade, o direito de realizar consultas médicas; o direito de ser transferida de função; direito à licença maternidade; direito ao aleitamento materno. O TST já fixou precedentes:

> Precedente Normativo 6
>
> É garantido às mulheres, no período de amamentação, o recebimento do salário, sem prestação de serviços, quando o empregador não cumprir as determinações dos §§ 1° e 2° do artigo 389 da CLT.
>
> Precedente Normativo 22
>
> Determina-se a instalação de local destinado à guarda de crianças em idade de amamentação, quando existentes na empresa mais de trinta mulheres maiores de 16 anos, facultado o convênio com creches.

A proteção à maternidade se constitui em instrumento para a proteção do mercado de trabalho da mulher (IBRAHIM, 2014, p. 666) - inciso XX[5] do art. 7° da CF -, entendendo-se que a previsão de incentivos específicos "[...] não pode representar a criação de um privilégio, senão se restringir a adotar medidas de proteção suficientes e necessárias para superar obstáculos, sob pena de instituírem uma discriminação inversa [...]" (COUTINHO in CANOTILHO et. al., 2013, p. 589)

> A vulnerabilidade decorre da presença de formas de discriminação sobre a mulher por meio de práticas que são identificadas na distinção, exclusão ou restrição estabelecida a partir da adoção de um critério pautado no sexo (gênero como construção simbólica da identidade social), buscando prejudicar ou anular o reconhecimento, a fruição ou exercício de direitos e liberdades fundamentais. A situação da desigualdade é culturalmente determinada, embora se apresente como naturalmente constituída. Decorre de preconceitos, que são prejulgamentos sedimentados culturalmente, desqualificadores de uma pessoa em virtude de determinadas características, acarretando uma vulnerabilidade social em decorrência da criação de obstáculos para o pleno exercício de direitos. A efetivação da igualdade de oportunidades se concretiza através de medidas punitivas ou sancionatórias, inclusive com tipificação penal, de proteção contra discriminação e, principalmente, por meio de medidas promocionais, com incentivos. (COUTINHO in CANOTILHO et. al., 2013, p. 587)

---

[5] Art. 20 da CF: [...] **XX** — proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

É de singular importância para as mulheres, no atual contexto social e econômico, a proteção à maternidade mediante a previsão de medidas que assegurem à mulher a possibilidade de conciliar a sua atividade profissional com as atividades da vida privada. Não se justifica, portanto, constitucionalmente, qualquer medida, seja de natureza legislativa, ou de natureza administrativa, que se mostre contrária a este desiderato.

Delineados os contornos materiais do direito fundamental à proteção da maternidade, passa-se a analisar as exigências impostas pelo legislador, em outras palavras, verificar se a intervenção do legislador (concretização legislativa) e a intervenção da administração, não estabeleceram exigências que não se sustentam do ponto de vista da razoabilidade, ao menos quanto às exigências da segurada especial, trabalhadora rural.

> Lei n° 8.213/91
> [...]
> Art. 39. Para os segurados especiais, referidos no inciso VII do caput do art. 11 desta Lei, fica garantida a concessão:
> [...]
> Parágrafo único. Para a segurada especial fica garantida a concessão do salário-maternidade no valor de 1 (um) salário mínimo, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, nos 12 (doze) meses imediatamente anteriores ao do início do benefício.

As decisões[6] que negam a concessão do benefício de salário-maternidade, sempre que o fazem, sustentam-se no fato de que não houve cumprimento dos requisitos legais quanto à comprovação da atividade rural nos 10 (dez)/12 (doze) meses que antecedem ao parto. Infere-se do enunciado normativo do parágrafo único que se comprove nos meses imediatamente anteriores ao do início do benefício. Não há desacerto nestas decisões; são conformes ao que dita a lei. Ilustre-se:

Ao se verificar o teor das decisões nota-se que há uma mitigação das exigências para a trabalhadora rural quanto à comprovação da atividade no período de carência. Não se quer aqui discutir as decisões, mas, sustentar novo fundamento para arguição da inconstitucionalidade da exigência. A questão é problemática, na medida em que a CF, apenas se refere a proteção à maternidade, não delimitando constitucionalmente a área de proteção. Adverte Martins (2018, p. 178-179):

> Isso cria um problema. Qualquer concretização de um direito pode significar sua limitação. Quando, por exemplo, o legislador define quais bens não podem ser objeto de propriedade particular ou determina como deve ser registrada a propriedade de bens imóveis, faz algo necessário, pois dá concretude ao direito constitucional, que é, por excelência, como já aludido, abstrato, e não comportamental-concreto. Mas, ao mesmo tempo, estabelece limitações em seu objeto e formas de exercício.

[6] As decisões que foram objeto da pesquisa, em que pese não serem mencionadas de forma individualizada, quando foram denegatórias do benefício, basearam-se na não comprovação da carência.

> Quanto menos depender um direito fundamental da configuração infraconstitucional de sua área de proteção, mais suspeitas de inconstitucionalidade podem ser as leis supostamente concretizadoras, conformadoras ou configuradoras da área de proteção de um direito fundamental.
> [...]
> Tais lei ˜bem-intencionadas" efetuam, por vezes, até a ampliação da liberdade. Podem, porém, acabar representando intervenções que careçam de justificação constitucional. A tarefa de distinguir uma lei conformadora de uma lei interveniente não pode ser genericamente resolvida e depende da dogmática dos direitos fundamentais em espécie.
> [...]
> Em face de tamanha complexidade, deve ser sempre verificada a eventualidade de a lei concretizadora, sob o pretexto da operacionalização, limitar o direito de forma inconstitucional (intervenção, e não simples concretização.

É o que se tem quanto à proteção à maternidade, já que o Constituinte não delimitou materialmente o âmbito de proteção deste direito fundamental, deixando a tarefa para a atuação do legislador. O conteúdo material da proteção à maternidade está delimitado pela regulamentação no âmbito infraconstitucional, em especial, na legislação trabalhista, já que a legislação previdenciária se restringiu a estabelecer a forma de se ter acesso ao benefício do salário-maternidade.

Ao analisar o enunciado normativo da lei regulamentadora vê-se que não só o legislador estabeleceu o período de carência, mas o qualificou com o uso do advérbio "imediatamente" no texto da norma, condicionando a concessão à comprovação da atividade rural nos 10/12 meses anteriores ao parto. A imediatidade desconsidera o fato de que a trabalhadora rural desempenha atividade que exige esforço físico, na maioria das vezes, deixando-a vulnerável no estado gravídico.

Portanto, o problema não está na exigência da carência, que pode ser comprovada ainda que a atividade seja descontínua, mas está na exigência da imediatidade que tem servida para a negação do benefício, ainda que em situações em que se deveria dar a proteção à maternidade. Assim, pode-se afirmar que o legislador ao regular a matéria criou exigência que não condiz com a condição de trabalho a que está sujeita a trabalhadora rural, portanto, inconstitucional.

Conclui-se, assim, que não houve a observância do princípio da proteção da maternidade – já que a intervenção no âmbito de proteção deste direito fundamental delimitado pela Constituição, Leis Trabalhistas e Leis Previdenciárias – não se justiça constitucionalmente, sendo contrário à concretização desta proteção social à trabalhadora rural, e, por conseguinte, acaba por violar o princípio da dignidade da pessoa humana, pela inadequada exigência.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O caminho percorrido neste trabalho não permite chegar a resultados conclusivos, mas se pode tecer algumas considerações sobre o tema. Recorde-se, inicialmente, que a inquietação que justificou o desenvolvimento do trabalho partiu, primeiramente, da própria atividade da pesquisadora, que atuando na área de direito previdenciário verifica-se a dificuldade das trabalhadoras rurais como seguradas especiais comprovarem a atividade no período imediatamente anterior ao parto ou ao requerimento.

Esta inquietação, não poderia ser respondida com base na legislação vigente e nem mesmo com base nas decisões dos tribunais, já que quanto a esta questão o judiciário tem exigido o cumprimento da carência, ainda que tenha mitigado, em algumas situações, a rigidez quanto aos meios para comprovação da atividade rural, sem deixar contudo exigir o prazo de 10 (exigência do decreto) ou 12 (exigência da lei) meses.

Considerando este quadro, construiu-se uma hipótese para desenvolvimento do trabalho, qual seja: É constitucional a exigência de carência, para a segurada especial (trabalhadora rural) nos 10/12 meses imediatamente anteriores ao parto para recebimento do salário maternidade? Elegeu-se três princípios: a) da dignidade da pessoa humana (fundamental); b) da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais (geral); e, c) da proteção da maternidade (específico).

No que diz respeito à exigência da carência, defende-se aqui que a exigência de 10/12 meses imediatamente anteriores, se constitui em intervenção do legislador que acaba por criar limitação ao gozo do direito para a trabalhadora rural na qualidade de segurada especial, que não se justifica constitucionalmente, considerando o âmbito de proteção da maternidade – traçado pelo constituinte e pelo legislador ordinário – e, por conseguinte, há violação da dignidade da pessoa humana.

Registre-se que no desenvolvimento deste artigo, houveram dificuldades decorrente da ausência de discussão quanto à constitucionalidade da exigência de carência, sendo que a literatura específica da área previdenciária, ao menos nos autores consultados, não há qualquer discussão neste sentido, sendo tanto a doutrina quanto a jurisprudência, acolhe a carência de 10 meses imediato como algo dado, ou seja, de forma acrítica.

O artigo não encerra obviamente a discussão, senão ao contrário, teve a pretensão não de construir respostas acabadas, mas, talvez, renovar ou propor novas perguntas, para que a investigação continue, a partir de outros olhares, inclusive, interdisciplinares, considerando o caráter social do direito aqui discutido, o que justificaria, trabalhos de natureza empírica.

6 REFERÊNCIAS

BACHUR, Tiago F; MANSO, Tânia F. B. C. Licença Maternidade e Salário Maternidade. São Paulo: Lemos e Cruz, 2011.

BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Direitos fundamentais sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 10-25.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Lei n° 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social e dá outras providências. Brasília, DF: 25 jul. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 19 ago. 2019.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional. 14. ed. rev. atual e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. Manual do Direito Previdenciário. 6. ed. São Paulo: LTR Editora, 2005.

COELHO, Nicolau Rafael Guimarães. O trabalho da mulher e a proteção da maternidade. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016. Disponível em: www.pucsp.com.br Acesso em: 17 ago. 2019.

CUNHA, Luiz Cláudio Flores da. Princípios de direito previdenciário na constituição da república de 1988. In: FREITAS, Vladimir P. (Coord.) Direito previdenciário: aspectos materiais, processuais e penais. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 17-44.

DELGADO, Mauricio Godinho. Capitalismo, trabalho e emprego – entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução. São Paulo: LTr, 2006, p. 43-44.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Trabalho Decente. Análise Jurídica da exploração do Trabalho – trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno. São Paulo: LTr, 2004, p. 48. In: MIRAGLIA, Lívia Mendes Moreira. Trabalho Escravo Contemporâneo: Conceituação à Luz do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 2. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 88

FALCÃO, Valdirene Ribeiro de Souza. Os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana. In: Rev. SJRJ, Rio de Janeiro, v. 20, n. 38, p. 227-239, dez. 2013.

FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida à Constituição: preceitos de exegese constitucional. In: Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais - R. TCMG, Belo Horizonte, v. 35, n. 2, p. 15-46, abr./jun. 2000. p. 21.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. 17 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

LEDUR, José Felipe. A Realização do Direito do Trabalho. Porto Alegre: Sérgio Antônio

Fabris Editor, 1988. In: MIRAGLIA, Lívia Mendes Moreira. Trabalho Escravo Contemporâneo: Conceituação à Luz do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 2. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 89

MARTINS, Sergio Pinto. Direito da Seguridade Social. 31 ed. São Paulo: Atlas, 2011.
_____ Direito do Trabalho. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho - relações individuais e coletivas do trabalho. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social. In: Revista Interesse Público, Porto Alegre, n° 04, 1999. p.24.

ROCHA, Daniel Machado. Comentários à lei de benefícios da previdência social. 16. Ed. São Paulo: Atlas, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang (org). Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentas na Constituição Federal de 1988.8. ed. rev. Atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. A seguridade social como direito fundamental material (ou a seguridade social como parte inerente à Constituição. In: FOLMANN, Melissa e FERRARO, Suzani Andrade (coords.). Previdência: entre o direito social e a repercussão econômica no século XXI. Curitiba: Juruá, 2009. pp. 302-303.

SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2005.

UCKMAR, Victor. Princípios Comuns de Direito Constitucional Tributário. São Paulo: RT, 1998.

ZISMAN, Célia Rosenthal. O princípio da dignidade da pessoa humana. São Paulo: IOB Thomson, 2005.