



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PIAUÍ – UFPI
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD

RAIMUNDO BARBOSA DE MATOS NETO

**A CONCESSÃO DO SALÁRIO-MATERNIDADE AO PAI SOLTEIRO OPTANTE
PELA FAMÍLIA MONOPARENTAL A PARTIR DA MATERNIDADE SUB-
ROGADA.**

TERESINA (PI)
2023

RAIMUNDO BARBOSA DE MATOS NETO

**A CONCESSÃO DO SALÁRIO-MATERNIDADE AO PAI SOLTEIRO OPTANTE
PELA FAMÍLIA MONOPARENTAL A PARTIR DA MATERNIDADE SUB-
ROGADA.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí – UFPI, Direito, Democracia e Mudanças Institucionais, na linha de pesquisa Mudanças Institucionais e Efetividade do Direito na Ordem Social e Econômica, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Raul Lopes de Araújo Neto

**TERESINA (PI)
2023**

FICHA CATALOGRÁFICA
Universidade Federal do Piauí
Biblioteca Setorial do Centro de Ciências da Educação
Divisão de Representação da Informação

M433c Matos Neto, Raimundo Barbosa de.
A concessão do salário-maternidade ao pai solteiro optante
pela família monoparental a partir da maternidade subrogada /
Raimundo Barbosa de Matos Neto. – 2023.
93 f.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Piauí,
Centro de Ciências Humanas e Letras, Programa de Pós-Graduação
em Direito, Teresina, 2023.
“Orientador : Prof. Dr. Raul Lopes de Araújo Neto.”

1. Direitos fundamentais de segunda geração. 2. Famílias
monoparentais masculinas. 3. Maternidade subrogada. 4. Salário-
Maternidade. I. Carvalho, Antonia Dalva França. II. Título.

CDD 340.05

Bibliotecário: Géσιο dos Santos Barros – CRB3/1469

RAIMUNDO BARBOSA DE MATOS NETO

**A CONCESSÃO DO SALÁRIO-MATERNIDADE AO PAI OPTANTE PELA
FAMÍLIA MONOPARENTAL A PARTIR DA MATERNIDADE SUB-ROGADA.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí – UFPI, Direito, Democracia e Mudanças Institucionais, na linha de pesquisa Mudanças Institucionais e Efetividade do Direito na Ordem Social e Econômica, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Raul Lopes de Araújo Neto

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Raul Lopes de Araújo Neto (UFPI)
Orientador

Prof. Dr. Robertônio Santos Pessoa (UFPI)
Examinador Interno

Prof^a. Dra. Roberta Soares da Silva (PUC/SP)
Examinador Externo

AGRADECIMENTOS

A gratidão tornou-se um sentimento sem o qual os desafios dos tempos pós-modernos revelam-se quase intransponíveis, acaso não seja cultivada diariamente, haja vista ser a maior representação de humildade e empatia na sociedade tão convulsionada que nos encontramos.

Com a chegada do momento de depósito/entrega deste trabalho, me vejo em profunda reflexão e angústia, pois chegada a hora fatal, muitas ideias ressurgem e reivindicam serem gravadas no texto, mas o tempo acabou. A inexistência de prorrogação nessa partida que foi o ciclo do curso de Mestrado no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí – UFPI aciona-me a racionalidade e com frieza é necessário consentir que o feito é melhor que o perfeito.

A perfeição é um ponto de chegada no horizonte que nunca será alcançado, salvo se nos deixarmos ser tomados pela ignorância peculiar do ser humano que por algum momento faz acreditar em tamanha inverdade.

A vivência na academia do PPGD/UFPI, sob a bússola do conhecimento de todos os Mestres que integram o programa, apresenta uma rota de caminhada no conhecimento científico sempre inacabada, vez que a cada texto indicado para leitura ou oportunidade de debate em aula, o horizonte de conhecimento, para não dizer desconhecimento, é alargado. Com isso, por tal lição, é que registro meus agradecimentos a todos os professores do PPGD/UFPI, que nos seus desprendimentos ao ensinar desconstroem o projeto da perfeição e registram que o trabalho nunca estará acabado, porém, deve ser entregue e exposto às críticas.

Ao Prof. Dr. Raul Lopes de Araújo Neto registro especial deferência e gratidão, pois, desde os tempos idos da graduação, o incansável incentivo me permite agora sob sua orientação chegar a ser sabatinado em uma banca de avaliação do Mestrado em Direito da UFPI. Meu muito obrigado.

Ao meu pai, Wabner (*in memoriam*), que, mesmo tendo vivência terrena abreviada, foi capaz de gravar indelevelmente valores humanos que a cada dia balizam minha caminhada dos estudos sobre os direitos sociais. Muito obrigado. A minha mãe, Socorro, pela bravura e pela firmeza nos ensinamentos familiares e mais ainda pelo incansável incentivo pela busca de conhecimento. Muito obrigado.

À minha esposa, Sabrina, que tolerantemente me concedeu a companhia nos dois anos do curso do Mestrado, sendo várias vezes gentil e educada ao franquear seus ouvidos para as considerações e os argumentos que somente eram muito claros em minhas sinapses, mas em nada às suas ou nossas vivências do dia a dia. Meu muito obrigado.

À Liz Matos, certamente a maior causa de toda a discussão apresentada na dissertação, já que sua chegada em minha vida, ainda no ventre de sua mãe, despertou-me sentimentos jamais imaginados, que foram aflorados e realizados pela oportunidade de compartilhar desde o seu nascimento os cuidados que sua condição de recém-nascido reivindicava. Minha filha, muito obrigado!

Por derradeiro, meu muito obrigado a todos os colegas de trabalho, amigos e familiares, que muito contribuíram para a realização de mais esse sonho acadêmico!

Grávido

Porque será que um homem não pode?

Querer estar estando sempre ávido

Por entender em si a semente

Que ele vê na barriga

Daquela rapariga

Que passa em estado interessante

Interessante

Nove luas nove meses

Tantas transformações

Muda a pele tudo muda

Tudo vale para ter o fruto

E de repente rebento

Abrir a porta a dar a luz

O choro a chama da nossa vida

Reluz, atrai, seduz

Ô, Mãe, como seria ter um filho?

Saber passo a passo da geração

À alegria do parto

Cuidado pela fêmea

Que a todo nós segura

Engravidado por ela

Na relação da paixão mais pura

Mãe como seria ter o filho?

Gonzaguinha

RESUMO

O salário-maternidade, sendo uma prestação do Regime Geral de Previdência Social – RGPS, incontrovertidamente um direito social previdenciário reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal – STF, assim, um direito fundamental, obriga o Estado a realizar uma prestação positiva, promovendo uma cobertura em sua máxima amplitude. Entretanto, a legislação previdenciária não tem sido atual às realidades sociais, ao passo que não assegura a concessão do salário-maternidade para os homens que optam por famílias monoparentais a partir da maternidade sub-rogada. Mediante revisão bibliográfica, legislativa e jurisprudencial sob o referencial teórico dos direitos fundamentais de segunda dimensão observados a partir da teoria dos Sistemas de Canaris (2002) e mais a Força Normativa de Konrad Hesse (2001). Assim, sem se distanciar do sistema jurídico positivo e alicerçado na justiça e bem-estar social, utiliza-se o raciocínio hipotético-dedutivo, objetivando confrontar as regras e os princípios positivados na Constituição Federal de 1988, a legislação ordinária e as mudanças no conceito de família, e o escopo de proteção da prestação previdenciária do salário-maternidade. Ao final é possível concluir que o sistema constitucional carece de constante atualização, e o caminho a seguir transita pela teoria dos princípios, servindo estes de normas abstratas e mecanismos de maior otimização, capazes de sempre manter viva a relação entre os acontecimentos sociais e as previsões constitucionais para alteração no sistema protetivo previdenciário.

Palavras-chaves: Salário-Maternidade; Famílias monoparentais masculinas; Maternidade sub-rogada; Direitos fundamentais de segunda geração.

ABSTRACT

Maternity leave, as a benefit of the General Social Security System, is an undisputed social security right recognized by the Supreme Court, and therefore a fundamental right that obliges the state to provide maximum coverage. However, social realities have outpaced the outdated social security legislation, which does not guarantee the granting of maternity leave to men who opt for single-parent families through surrogacy. Using a theoretical framework of second-generation fundamental rights observed through Canaris' System Theory (2002) and Konrad Hesse's Normative Force (2001), this study employs a hypothetical-deductive reasoning to confront the rules and principles enshrined in the 1988 Constitution, ordinary legislation, changes in the concept of family, and the scope of protection of maternity leave. The conclusion is that the constitutional system requires constant updating, and the way forward lies in the theory of principles, which serve as abstract norms and mechanisms of greater optimization, capable of always keeping alive the relationship between social events and constitutional provisions for changes in the social security protective system.

Keywords: Maternity Leave; Male Single-Parent Families; Surrogacy; Second-Generation Fundamental Rights.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 A PREVIDÊNCIA SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	14
2.1 A Previdência Social como direito fundamental	14
2.2 A Constituição Dirigente de 1988 e a Força Normativa de Hesse na realização dos direitos previdenciários.....	23
2.3 O conceito de sistema em Claus-Wilhelm Canaris e sua aplicação aos direitos previdenciários.....	32
2.4 A justiça e o bem-estar sociais na Previdência Social.....	40
3 A FAMÍLIA NA CF/88 NA ERA DA PÓS-MODERNIDADE.....	47
3.1 A pós-modernidade.....	48
3.2 A família na Constituição de 1988	51
3.3 Família monoparental	53
3.3.1 Família monoparental de pai solteiro a partir da maternidade sub-rogada.....	56
4 A PROTEÇÃO DA MATERNIDADE NA PREVIDÊNCIA SOCIAL BRASILEIRA.....	62
4.1 O risco social no salário-maternidade	62
4.2 A evolução histórico-legislativa do salário-maternidade	63
4.3 A natureza jurídica do salário-maternidade.....	70
4.4 A concessão do salário-maternidade para o pai biológico a partir da maternidade sub-rogada	
72	
4.4.1 O julgamento do RE 1348854/SP – Tema da Repercussão Geral do STF 1.182.....	74
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	81
REFERÊNCIAS	83

1 INTRODUÇÃO

A Previdência Social brasileira, integrante do Sistema de Seguridade Social, tem fundamento constitucional e sua atuação possui o escopo de realizar os objetivos constitucionais. Dessa forma, diante da natureza pública que lhe é peculiar, os benefícios previdenciários para que sejam concedidos no âmbito do Regime Geral de Previdência Social, por meio do Instituto Nacional do Seguro Social, reclamam a previsão em lei no sentido estrito, pois sem a qual, o acesso pelos segurados às prestações previdenciárias quando acometidos de contingências sociais será impedido.

É sabido que o processo legislativo mesmo sendo vanguardista, muitas vezes, não consegue tratar de todas as situações surgidas no seio da sociedade. Além da incapacidade de antever todas as situações, a legislação não tem a capacidade de atualização na velocidade das mudanças ocorridas com tanta volatilidade no momento histórico pelo qual passa a humanidade.

Especificamente, no que diz respeito ao benefício do salário-maternidade, sua previsão legal encontra tratamento na Constituição Federal de 1988 e, neste texto, teve maior fundamento como mecanismo de proteção à mulher, por algumas vezes se confundindo com um direito trabalhista, principalmente quando ela começa a ter maior ingresso no mercado de trabalho, ao passo que deixa de ser mera cuidadora da casa e procriadora, e passa a ser muitas vezes a provedora de lares com companheiros e esposos, ou mesmo num movimento solitário, apenas com seu descendente.

Ademais, com a promulgação da Carta Política de 1988, é possível notar a existência de uma proposta para redução das desigualdades entre os gêneros e o maior reconhecimento constitucional das famílias monoparentais. Tem-se notado também que o dever de cuidado e providência realmente passou a ser compartilhado de maneira equilibrada ou até invertido, ou seja, ora cabendo equanimemente entre a mulher e o homem, ora somente ao pai, enquanto a mãe passou a ser a provedora.

Quando da publicação da Lei 8.213/91 (BRASIL, 1991), ao regulamentar a concessão do salário-maternidade devido somente para a segurada empregada, fez surgir certa confusão, já que, por muito tempo, entendia-se a prestação previdenciária como um instituto trabalhista. Com a evolução social e a publicação da Lei 12.873/2013 (BRASIL, 2013), alterando a Lei 8.213/91 (BRASIL, 1991), o escopo da proteção previdenciária almejada pelo salário-maternidade foi alargado e, além de já está sendo estendido a todas as categorias de segurado

do Regime Geral de Previdência Social, a concessão de tal benefício ainda passou a ser devida para o homem ou para a mulher nos casos de adoção ou guarda para fins de adoção.

Outrossim, no mesmo regramento legal, restou consignado que, ao pai segurado, na condição de cônjuge ou companheiro supérstite, passa a ser devido o salário-maternidade, quando a mãe ou a companheira falece no fato gerador do benefício ou mesmo durante o período de gozo, devendo o requerimento ser realizado entre a data do fato gerador até o último dia de prazo para gozo, assegurando-se efeitos retroativos desde o óbito até o termo da prestação previdenciária.

Notadamente, o ordenamento jurídico não observou a possibilidade e a necessidade de assegurar a concessão do salário-maternidade para o caso da gestação por substituição, quando no planejamento familiar há um pai solteiro no arranjo familiar monoparental.

Diante deste cenário de evolução da sociedade é que a presente pesquisa busca resposta e subsídio jurídico, em que a lei ainda não regulamentou sobre como é ou não possível assegurar a concessão do benefício previdenciário ao pai que opta pela paternidade independente.

Com a publicação da Lei 12.873/2013, as possibilidades legais de concessão do salário-maternidade foram alargadas e não só mais o parto e a adoção ou a guarda para fins de adoção passaram a justificar tal benefício à segurada. Logo, restou claro com a citada lei, que o salário-maternidade, em caso de adoção ou guarda para fins de adoção, é devido ao segurado (homem) e, nos casos em que a mãe falece no gozo do salário-maternidade ou mesmo quando havia o direito, o benefício poderá ser concedido ao cônjuge e companheiro supérstite, desde que seja segurado e pelo prazo que seria devido à prestação previdenciária, devendo o requerimento ser realizado até o último dia previsto para encerramento do benefício.

Com efeito, observa-se que o regramento jurídico avançou para acolher as novas formas de filiação e arranjos familiares, contudo, descuidou-se em enxergar outras realidades existentes, a pontuar: casos de famílias monoparentais de pai, a partir da gestação por substituição com técnicas de reprodução assistida.

É possível extrair que a *mens legis* durante o processo legislativo da Lei 12.873/2013 colocou no centro de proteção do benefício previdenciário o dependente (criança) e, ao mesmo tempo, expressou a atuação positiva do Estado em assegurar a efetivação dos direitos fundamentais nos novos arranjos familiares.

Nesse sentido, estando evidente as novas formas familiares monoparentais e ainda o dever de cuidado com a criança, busca-se através da pesquisa proposta entender como justificar a concessão do “salário-maternidade” para os pais em situações não previstas no ordenamento jurídico do Regime Geral De Previdência Social - RGPS. Sendo assim, tem-se como

problemática central: De que forma pode-se assegurar a concessão do “salário-maternidade” para pais optantes ou postos em família monoparental?

O benefício de salário-maternidade, tendo feição unicamente previdenciária, como decidido no Tema 72 - Recurso Extraordinário - RE 576.967 do Supremo Tribunal Federal – STF (STF, 2020), sedimentou sua natureza jurídica, assim, devendo ser pago e suportado pelo RGPS, aos segurados obrigatórios e facultativos.

Da mesma forma vigilante para a questão social, este estudo trilha um caminho de revisão bibliográfica, legal e jurisprudencial para sinalizar que a legislação previdenciária, mesmo com suas alterações inovadoras sensíveis em justificar a concessão do salário-maternidade sob a ótica da proteção e melhor interesse do menor e das famílias, não observou a existência das famílias monoparentais decorrente da gestação por substituição em técnicas de reprodução assistida, pois a previsão legal diz ser devido o benefício somente ao segurado quando da adoção ou da guarda para fins de adoção e excepcionalmente quando a mãe falece no gozo do benefício ou no momento em que poderia requerer a prestação previdenciária.

Esta pesquisa torna-se relevante ao meio acadêmico não por encerrar todas as facetas do tema, mas sim por se candidatar a ser fonte de novas pesquisas ou mesmo ponto de partida para novas conclusões que a dinâmica social requer dos institutos do direito, em especial do direito previdenciário.

Considerando que a pesquisa enfrentará o problema de justificar a concessão do benefício de salário-maternidade em casos não previstos em lei, salienta-se que assegurar esta prestação previdenciária não incorrerá na criação de um benefício sem a devida precedência de custeio, vez que o objetivo aqui é demonstrar que os segurados, ou seja, aqueles que já contribuem ou contribuíram e estão no período de graça no RGPS, podem sim ser titulares do salário-maternidade.

O estágio evolutivo da sociedade reclama do Estado não mais uma posição estritamente passiva, permitindo o exercício das liberdades dos indivíduos, mas também cabe ao ente político atuar ativamente quando não previsto pela lei em sentido formal. Assim, o cenário que esta pesquisa busca enfrentar encontra-se em estágio evolutivo já desconexo com as previsões legais, ou seja, a sociedade já materializou situações não visualizadas pelo ordenamento jurídico posto, mas necessárias de guarda pelo Estado.

Sendo assim, considerando que as famílias monoparentais masculinas em maternidade de barriga de aluguel já é uma realidade jurídica que exige proteção previdenciária do Estado, diga-se proteção plena, pois os casos em que o legislador assegurou a proteção previdenciária, com a Lei 12.873/13, regulou fatos rotineiros à época, mas não foi vanguardista quanto às

situações das famílias monoparentais, quando o planejamento familiar com a criação da descendência parte somente do pai solteiro.

Os acontecimentos no mundo real estão a cada dia mais frequentes, carecendo de uma resposta do Estado Previdência, que não atua pela falta de previsão legal e muitas vezes tem resistência no Estado Juiz, sob o pretexto ainda clássico de que a ausência de lei formal é uma barreira intransponível para a garantia da prestação do salário-maternidade ao pai em família monoparental.

Nesse sentido, observando o cenário social no reconhecimento da igualdade de gênero e a defesa da prática de não discriminação, torna-se pertinente assegurar a concessão do benefício sob uma leitura constitucional amparada na teoria dos Sistemas de Canaris (2002), bem como nos fundamentos da Força Normativa de Konrad Hesse (2001), que acreditando na abertura das normas constitucionais e mais sob o esteio do princípio de justiça na expressão da igualdade, encontra justiça e bem-estar sociais, o fundamento maior do Estado Social de Direito.

Para alcançar os objetivos gerais e específicos da pesquisa este ensaio restou estruturado nesta parte introdutória, três capítulos e considerações finais. No capítulo dois, está sedimentada a natureza jurídica da Previdência Social como direito fundamental de segunda geração e, por tal enquadramento, merece uma realização em sua maior amplitude e para isso as teorias de Canaris (2002) e Canotilho (2001), limitadas pela justiça e pelo bem-estar sociais, sinalizam que o Estado é capaz de fazer valer as normas constitucionais, mesmo quando não regulamentadas por leis infraconstitucionais.

No capítulo três, a pesquisa contextualiza o movimento social da pós-modernidade que vindo a substituir a modernidade encampa a desconstrução de muitos valores sociais, não ficando imune a estrutura familiar patriarcal que agora requer uma leitura sem hierarquia entre os seus integrantes e assim está alicerçada no afeto como forma de assegurar a dignidade humana. Neste cenário, para a caracterização da família, a presença de um ascendente e sua prole já é suficiente para receber a proteção do Estado, na forma das chamadas famílias monoparentais, que neste estudo leva em conta a constituída a partir da maternidade de sub-rogação da realização do projeto masculino de ser pai.

No penúltimo capítulo, a discussão chega ao seu ápice, delimitando a natureza jurídica do salário-maternidade e as hipóteses legais, bem como quais os titulares do direito a percepção, momento em que se caracteriza o problema da pesquisa e passa-se à verificação dos objetivos gerais e específicos, novamente valendo-se do amparo doutrinário e especialmente da jurisprudência.

Por derradeiro, chega-se às considerações finais, tendo como produto da pesquisa a validação das hipóteses apresentadas, nas quais a leitura dos direitos previdenciários como fundamentais sociais comportam uma constante atualização constitucional pela Teoria dos Sistemas de Canaris (2002) e pela Força Normativa de Konrad Hesse (2001). Contudo, mesmo com o atingimentos dos objetivos, foi possível constatar que o tratamento do salário-maternidade como benefício familiar merece uma renomeação, sob a pena de continuar, a partir da semântica, a promover uma discriminação de gênero.

2 A PREVIDÊNCIA SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

2.1 A Previdência Social como direito fundamental

Para enfrentar a temática do presente trabalho com maior rigor técnico possível, torna-se necessário, de início, fixar o campo teórico em que transita a pesquisa. Assim, neste começo, tem-se a tarefa de sedimentar a Previdência Social na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) (doravante CF/88), explicitando sua natureza jurídica e seu escopo dentro de um texto formal, material e rígido, que, em seu bojo, encampa diversos elementos constitucionais sobre matérias e finalidades diversas (SILVA, 2006).

Com a promulgação da CF/88, o Estado Social de Direito passou a ser o seu lema e, com isso, o constituinte originário manifestou-se pela necessidade de gravar, na Carta Magna, uma Ordem Social com a maior amplitude possível a fim de assegurar a consecução dos fundamentos e objetivos do país¹. A Ordem Social está sedimentada no Título VIII da CF/88 (BRASIL, 1988), apresentando um projeto de país alicerçado no primado do trabalho guiado pela justiça e bem-estar social², assim, na busca para efetivar tal mister, lançou mão do tripé formado pela Previdência Social, pela Assistência Social e pela Saúde.

O art. 196³ (BRASIL, 1988) assevera que a Saúde, com amplitude efetivamente universal, garante políticas sociais e econômicas visando à redução de riscos de doenças e seus agravos mediante acesso de caráter igualitário e universal, tornando-se um dever do Estado e

¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 1988, art. 1º)

(...)

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 1988, art. 3º)

² Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais. (BRASIL, 1988, art. 193)

³ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988, art. 196)

um direito de todos, ou seja, será prestada indistintamente aos que se encontrarem no país, tanto no caráter preventivo como de forma ostensiva.

Quanto à Assistência Social, o art. 203⁴ (BRASIL, 1988) limita o alcance das prestações e mesmo os beneficiários, já que, apesar de não exigir a contraprestação contributiva de forma direta, somente assegurará amparo àqueles que dela necessitarem. Logo, denota-se que a atuação desta esfera da Ordem Social entra em cena de forma residual e reparadora sem possuir um viés preventivo para consecução dos seus fins.

Já em relação à Previdência Social, o art. 201⁵ (BRASIL, 1988) expressa a dimensão de seguro desta categoria da Ordem Social, pois informa que tem a organização sob a forma de Regime Geral de Previdência Social em caráter contributivo e filiação obrigatória, respeitando o equilíbrio financeiro e atuarial. Assim, percebe-se que há forte restrição do alcance da Previdência Social perante a sociedade, tanto quanto aos beneficiários, quanto às prestações. O espaço de atuação da Previdência Social torna-se restrito essencialmente pelo seu caráter contributivo e filiação compulsória, do qual se conclui que apenas os indivíduos que verterem contribuições ao regime previdenciário é que podem provocar e esperar um socorro quando acometidos de infortúnios que lhe venham a retirar a capacidade de permanecer contribuindo para o seguro.

Com as explicitações em linhas gerais sobre a Ordem Social mediante a conceituação legal dos ramos que a integram, apresentada ainda que superficialmente a finalidade de atuação de cada um, para efeitos deste estudo, delimita-se a discussão à Previdência Social, em especial ao olhar sobre o seu fundamento constitucional. Além da redação didática e intuitiva que se encontra na CF/88 para compreender e apreender melhor o que venha a ser a Previdência Social no ordenamento jurídico brasileiro, com maior atenção sob o Estado Social de Direito, algumas manifestações doutrinárias se tornam de essencial transcrição nesta pesquisa.

Para Vianna (2008), a Previdência Social expressa um direito protetivo limitado a determinada parcela da sociedade. Os filiados, são aqueles indivíduos que exercem atividade remunerada e, em outros casos, os que, mesmo sem o desempenho de um trabalho, optam por se filiar ao regime, os facultativos. O papel da Previdência Social consiste, então, em assegurar aos seus filiados, segurados contribuintes, meios de subsistência quando restarem impossibilitados de permanecer com sua capacidade produtiva ativa ou que sejam impedidos

⁴ Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: (...) (BRASIL, 1988, art. 203)

⁵ Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a: (...) (BRASIL, 1988, art. 201)

de ingressar no mercado de trabalho por motivos de doença, maternidade, idade avançada e invalidez.

De acordo com Martins (2011), sendo um segmento do Direito da Seguridade Social, a Previdência Social é composta de princípios, regras e instituições que mediante contribuições instalam um sistema protetivo, objetivando proporcionar meios de subsistência aos segurados e a sua família em face de contingências sociais de perda ou redução da remuneração temporária ou permanente, desde que tais se encontrem previstas em lei como capazes de assegurar a cobertura securitária.

Sob os ensinamentos de Balera (2010), é possível aprender que a Previdência Social é uma técnica de proteção que envolve a participação do Poder Público e dos atores sociais com as contribuições dos trabalhadores, dos patrões e do Estado, almejando reduzir os riscos sociais de maior magnitude: doença, velhice, acidentes de trabalho e desemprego.

Consoante Rocha (2022), a Previdência Social representa um seguro social compulsório ancorado nas contribuições dos trabalhadores e toda sociedade na busca de assegurar recursos financeiros indispensáveis para subsistência dos segurados e dos seus dependentes quando restarem impossibilitados de proverem por si através do trabalho, por motivo de maternidade, velhice, invalidez, morte, etc.

Outra conceituação sobre a Previdência Social que merece atenção diante de sua objetividade é a defendida por Araújo Neto (2020), que, sem se distanciar da CF/88, assevera que a Previdência Social exige prévia filiação compulsória e contribuições para que seja acionada em situações futuras, assegurando uma contraprestação estatal.

Para ilustrar que a compulsoriedade da filiação previdenciária não é uma característica exclusiva do sistema brasileiro, na Espanha, o seguro social contributivo é conceituado como um regime obrigatório regido sob a gestão pública, objetivando atuar mediante prestação em face de fatos geradores previamente determinados na lei (PASTOR, 1991).

Diante da previsão na CF/88 e dos ensinamentos doutrinários, é possível verificar que o sistema de Previdência Social tem uma condição de existência, ou podemos denominar centro gravitacional, que é o trabalho. A partir do instante em que o indivíduo passa a exercer um labor, isso implica na sua filiação e contribuição compulsória, e a finalidade maior do regime é que inicialmente possa assegurar o retorno do segurado à sua capacidade produtiva, ou, em alguns casos, diante da impossibilidade, o sistema deve entrar em cena para substituir minimamente as condições de vida digna decorrentes do labor outrora exercido.

A feição de compulsoriedade na filiação e nas contribuições provenientes do exercício de um trabalho que assegure renda, em regra, já evidencia o alcance limitado da Previdência

Social, ou seja, somente parcela da sociedade, quais sejam, aqueles economicamente ativos, é que podem ser a maior gama de elegíveis à condição de segurados e, posteriormente, beneficiários diretos ou seus dependentes. Também vale ressaltar que, mesmo sem desempenhar atividade que permita auferir renda, os segurados facultativos, uma vez filiados e contribuindo ao regime previdenciário, passam a ser titulares de prestações previdenciárias quando acometidos de infortúnios elegíveis pela lei como suficientes para autorizar a concessão de prestações previdenciárias.

A Previdência Social alicerçada primordialmente no trabalho, que tem proteção assegurada constitucionalmente, reforça ainda mais o seu fundamento de existência a partir da intenção do constituinte originário em atribuir maior normatividade para esse campo do ordenamento jurídico e, por se tratar de evidente prestação estatal, este ramo da seguridade social indiscutivelmente ostenta a condição de direito fundamental, já que se trata de um indiscutível direito social.

Enquadrar determinado instituto jurídico na categoria de direito fundamental obriga o pesquisador a reconhecer a multiplicidade de conceitos e uma diligente atenção quanto ao termo Direitos Humanos. A identificação entre direito fundamental ou Direitos Humanos, no mais das vezes decorre, da localização jurídica em textos nacionais ou estrangeiros, ou seja, na Constituição do Estado que disciplina a matéria, ou nos Tratados Internacionais, ou por meio de normas de Organismos Internacionais para esta última nomenclatura.

A partir do conceito de direito fundamental, que tem por justificativa a previsão na Constituição, é possível concluir que se trata de norma detentora de maior proteção à inalterabilidade. Portanto, em evidente garantia subjetiva aos indivíduos, em face do Estado, é hodiernamente aplicável nas relações entre particulares (AVANCI, 2021).

Ratificando o conceito de direito fundamental àquele destinado à pessoa humana, Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2020) dizem que, havendo previsão na Constituição, adequada é esta concepção, ou seja, ao se tratar de direitos fundamentais, certamente está a se falar nos direitos inscritos em determinada Constituição e, por tal circunstância, têm a aplicação e a vinculação a específica comunidade jurídica nos limites da soberania do Estado. Ao se falar em direitos humanos, embora tendo como destinatário a pessoa humana, entende o doutrinador que deve prevalecer este sentido quando a previsão legal estiver assentada em documentos de direito internacional.

Já em sentido diverso, há doutrina que defende que a prescrição em instrumento jurídico nacional ou internacional não tem o condão de conceituar os direitos que asseguram uma vida digna à pessoa humana como direito fundamental ou Direitos Humanos. Para Ramos (2020),

denominar tais direitos a partir da previsão legal impende em negar a aproximação do Direito Internacional com o nacional.

Bem assevera Ramos (2020) que, no sistema jurídico brasileiro, as normas de Direito Internacional têm plena aplicação no território nacional quando respeitado o rito de aprovação de tratados internacionais sobre direitos humanos, previsto no art. 5º, § 3º, CF/88⁶. Dito de outro modo, a citada previsão legal integra o ordenamento jurídico e consequentemente servirá como instrumento de garantia à dignidade humana.

Os diversos conceitos e concepções de direitos fundamentais ou Direitos Humanos não se tratam de particularidade do cientista do direito enquanto doutrinador, pois até mesmo o legislador, em diversos textos, causa confusão na definição de direitos que visam assegurar a dignidade da pessoa humana frente ao Estado ou entre particulares. A prova da diversificação de tratamento está evidente na CF/88, que, em seu texto, pulveriza direitos fundamentais e direitos humanos por meio de variadas nomenclaturas e nos mais diversos temas (DIMOULIS; MARTINS, 2018). Assim, para melhor compreensão do trabalho, assegura-se ao leitor que, quando houver menção de direitos fundamentais, entenda-se também como direitos humanos, conforme doutrina já acima lançada.

Superado o critério de classificação de determinados direitos como fundamentais, com base na doutrina dominante pelo fato de estarem inscritos na Constituição, ainda vale registrar que, em razão da CF/88 veicular normas materiais e formais, não há consenso que a simples presença, no corpo da Carta Política, assegura a condição de direito fundamental dos direitos sociais, em que está alicerçada a Previdência Social.

Em ensaio sobre a condição de direitos fundamentais dos direitos sociais, incluída aí a Previdência Social, Sarlet (2009) combate ataques que visam negligenciar a condição de direitos fundamentais de tais direitos tão somente por conta da redação do art. 60, § 4º, CF/88⁷, não fazer constá-los literalmente. Para refutar os que buscam fragilizar os direitos sociais ao defender que não são fundamentais, o doutrinador argumenta que o Estado brasileiro tem consagrado na CF/88, já em seu preâmbulo, que a garantia dos direitos individuais e sociais é

⁶ § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (BRASIL, 1988, art. 5º, § 3º)

⁷ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais. (BRASIL, 1988, art. 60, § 4º)

objetivo permanente do Estado (SARLET, 2009). Desse modo, a despeito dos pensamentos em contrário (BONAVIDES, 2020)⁸, a Previdência Social possui envergadura de direito fundamental e toda a sua atuação encontrará fundamento principal na Magna Carta vigente.

Na condição de direito fundamental, a Previdência Social irradia as características inerentes aos ditos direitos, que, nas palavras de Fachin (2015), são:

- a fundamentabilidade, que consiste em dizer que os direitos fundamentais expressam a base axiológica de uma sociedade e estão localizados na Constituição;
- a historicidade decorre da dinâmica social a partir das lutas vivenciadas na vida cotidiana de dada sociedade e em determinado tempo;
- a universalidade porque valem para todas as pessoas e em todos os lugares⁹; a inalienabilidade impede atos voluntários do indivíduo em dispor dos seus direitos fundamentais;
- a imprescritibilidade assegura que mesmo sem o seu exercício ainda assim não incidirá a prescrição extintiva do direito; a indivisibilidade implica dizer que o tratamento do núcleo elementar do direito não pode ser fragmentado;
- a inexauribilidade quer dizer que o rol de direitos fundamentais da CF/88 é exemplificativo, inclusive permitindo que previsões em tratados internacionais possam servir de fundamento para o exercício de algum direito fundamental;
- a positividade significa que a previsão normativa dos direitos fundamentais se encontra inscritos em enunciados semânticos legais, em especial de envergadura constitucional;
- a transindividualidade evidencia que há direitos que pertencem a uma coletividade, a exemplo dos direitos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado;
- a complementariedade decorre da interdependência de todos os direitos fundamentais, chegando às vezes determinados direitos fundamentais carecerem de outros para serem efetivados;
- a aplicabilidade imediata significa dizer que a previsão inscrita pelo Constituinte Originários e alçada a condição de direito individual não carece de outro enunciado semântico¹⁰ para que se torne efetivo no ordenamento jurídico;
- a vinculatividade determina que as leis que veiculam direitos fundamentais obrigam a todos os poderes estatais, bem como os particulares.

Com o olhar nas características dos direitos fundamentais e balizando-se na doutrina que envolve a Previdência Social como direito imune às mutabilidades restritivas e sem se distanciar da ausência de consenso já mencionada quanto ao que diz respeito os direitos voltados à dignidade humana, outro ponto que possui diversos tratamentos conceituais consiste

⁸ Para Paulo Bonavides (2020), os direitos sociais têm natureza de direitos fundamentais, contudo, ressalta que o caráter de imutabilidade com fundamento no art. 60, § 4º, CF/88, não pode ser justificado, inclusive diz o autor cearense, que o constituinte poderia ter avançado acaso tivesse dado tratamento de cláusula pétreia aos direitos sociais.

⁹ Acolher esta característica atrai um possível conflito com o conceito de direitos fundamentais baseado tão somente por serem veiculados na Constituição de cada nação, pois valendo em qualquer tempo e espaço, suplanta os limites territoriais de um Estado Nação, assim, o próprio autor revela que podem ser considerados relativos no tocante a aplicação territorial.

¹⁰ Apesar de possuírem aplicabilidade imediata, alguns direitos fundamentais, a exemplo do direito de participação nos lucros e resultados nas empresas necessitaram de regulamentação, tendo a Lei 10.101/2000 efetivado tal direito. (FACHIN, 2015)

na classificação histórico-evolutiva dos direitos fundamentais, em que há os que defendem as gerações, as dimensões ou as categorias.

A classificação dos direitos fundamentais em gerações tem proximidade com os ideais da Revolução Francesa de igualdade, liberdade e fraternidade. Diz Ramos (2020) que o jurista francês Karel Vasak lançou essa abordagem, sendo os direitos de primeira geração associados aos direitos de liberdade ou de defesa em face da atuação estatal. Já os de segunda geração correspondem a um chamado participativo do Estado em assegurar o direito de igualdade e são expressos nos direitos sociais à saúde, à educação, à previdência social etc. Em se tratando dos direitos de terceira geração, são aqueles titularizados pela comunidade, como direito à paz, à autodeterminação etc.

Em nível institucional, a classificação dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro encontra acolhimento no Supremo Tribunal Federal – STF, em que os direitos de primeira geração correspondem aos direitos civis e políticos, os direitos de segunda geração versam sobre os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, e os de terceira geração correspondem aos direitos de titularidade coletiva, tendo forte expressão na solidariedade (RAMOS, 2020).

A classificação dos direitos fundamentais sofre críticas sob os seguintes pontos de vista:

1. Transmite a ideia de substituição de uma geração de direitos por outra em evidente equívoco, pois os direitos fundamentais não se excluem;
2. Enumera os direitos fundamentais com critérios de precedência ou posteridade uns aos outros nas mais diversas legislações, o que não ocorreu;
3. Divisibilidade dos direitos humanos, quando o que há é uma indivisibilidade;
4. A última crítica reside na visão de interpretação fragmentada, quando determinado direito pode transitar em todas as supostas gerações de direitos, não havendo taxatividade e exclusividade situacional. (RAMOS, 2020, p. 63)

Na abordagem dos direitos fundamentais como dimensões, Castilho (2019) justifica a escolha sustentando que tais direitos não podem ser tratados de maneira fragmentada, vez que se destinam à proteção da dignidade humana, que carece de defesa homogênea. Ainda, diz o doutrinador que o debate não passa de discussão terminológica com fins didáticos, pois a CF/88 acolhe toda abordagem em verdadeiro sistema harmônico.

Quanto à classificação dos direitos fundamentais em categorias, a doutrina (DIMOULIS; MARTINS, 2018) defende que tais direitos merecem tratamento idêntico às leis e aos atos jurídicos quando organizados em espécies e categorias, sendo utilizado o conceito de dimensões. Esse, então, aplica-se aos aspectos ou funções dos direitos fundamentais, objetivo ou subjetivo.

Ultrapassada a conceituação e classificação histórico-evolutiva dos direitos fundamentais (BONAVIDES, 2020)¹¹, o presente trabalho adotará a classificação em dimensões e, nesse sentido, ponto de maior relevância aqui são os direitos de segunda dimensão, em especial os direitos sociais - Previdência Social¹² -, momento em que o Estado se torna agente prestador de serviços em total consonância com a realidade que sua Carta Política regula na concretização de sua força normativa. O Constituinte de 1988 ocupou-se em diversos pontos de tratar a Previdência Social como direito fundamental, inclusive a assegurando no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, Direitos Sociais, art. 6º, caput¹³.

Para Ibrahim (2010), a Previdência Social é um direito fundamental, porque assegura a dignidade humana a partir de suas prestações e mesmo por ser um sistema alicerçado na solidariedade, no qual o tratamento individualista cede lugar ao coletivo. Outrossim, defende a condição de direito fundamental em decorrência da dificuldade de alteração das normas que versam sobre Previdência Social, que, mesmo tendo o seu alcance diminuído por reformas, ainda assim, mantém o seu âmago.

Para Pinto (2018), a natureza jurídica da Previdência Social pode ser observada pelo critério formal e material, tendo as duas classificações alicerces na CF/88, ratificando a jusfundamentalidade do sistema. Sob a ótica formal, diz a pesquisadora, que esse enquadramento decorre da abordagem normativa na Carta Constitucional, inscrição no Título Direitos e Garantias Fundamentais, nos tratados, e nas declarações internacionais, não sendo diferente, vez que, em seus corpos legais, alçam a Previdência Social como tal direito. Em relação à abordagem material, a classificação decorre das normas constitucionais centradas no princípio da dignidade humana, obrigando o Estado a efetivar as prescrições legais de proteção do ser humano não somente na dimensão individual, mas especialmente coletiva.

Ao trazer a lume o tratamento doutrinário e normativo dos direitos fundamentais, é possível notar que o enquadramento jurídico sempre gravita no fato da previsão asseverar prescrições constitucionais, ou seja, o constituinte gravou, na pedra angular do sistema jurídico, as normas que sinalizam um dever do Estado não mais de abstenção, porém uma obrigação de

¹¹ Com relação à classificação dos direitos fundamentais em gerações, ver a doutrina de Bonavides (2020), que apresenta até a quinta geração. Ainda sobre esse tema há a doutrina brasileira que defende já existir a sexta dimensão de direitos fundamentais que consiste no direito a água potável (FACHIN, 2012).

¹² Ao tratar do enquadramento das gerações de direitos fundamentais, Araújo Neto (2020) defende que a Seguridade Social, aí incluída a Previdência Social, ostenta simultaneamente as duas classificações de segunda e terceira geração.

¹³ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988, art. 6º)

assegurar aos indivíduos condições mínimas de realização das necessidades relacionadas à dignidade humana (ALONSO, 2012).

Conferir a feição de direito fundamental à Previdência Social, tendo o Estado o papel primordial de fomentar a realização dos direitos individuais em sociedade, implica dizer também que a imprescindibilidade decorre da condição de prestador de serviços do Estado. Assegurar a realização da vida dos indivíduos na coletividade com a atuação através de prestações positivas enquadradas como serviço público (BARBOSA, 2017) tem estreita relação, senão total identidade, com a natureza do sistema de proteção social público, que é a Previdência Social. Dessa forma, na esteira de classificar esse sistema como direito fundamental, mais um aspecto constitucional acomoda a linha teórica do presente estudo.

A ratificação teórica de Alexy (2015) afirma que ter a conotação de direito fundamental tem como consequência uma atuação fática por parte do Estado, isto é, uma conduta que, após ser efetivada, permite ao indivíduo a satisfação daquela prestação que até outrora não lhe assegurava uma vida em sociedade com dignidade humana.

Demonstrando em reforço que a Previdência Social atua para fomentar a dignidade humana, debelando necessidades sociais dos seus segurados, Horvath Júnior (2018) diz que a relação jurídica previdenciária autoriza o amparo aos beneficiários do regime quando se deparam com a impossibilidade de garantir sua própria subsistência ou por razão do aumento de despesas.

Observa-se que a finalidade principal da Previdência Social está em garantir justiça social, ao tempo que busca atingir o bem-estar do ser humano, e tal objetivo se extrai por ser um direito fundamental previsto na Carta Política. Com o enquadramento da Previdência Social num direito fundamental de segunda dimensão, tem-se que a realização desse pilar da seguridade social é um direito que se impõe diante da natureza público-subjetiva do indivíduo, que, *per se*, determina ao Estado providenciar sua realização.

Outro ponto que merece o reconhecimento da Previdência Social como direito fundamental, diz respeito ao objeto de proteção deste seguro, pois assim como os direitos fundamentais, a atuação de cobertura do sistema protetivo deve observar a dinâmica evolutiva da sociedade, em outras palavras, em qualquer momento histórico, os riscos que exigem cobertura previdenciária são distintos e não menos diferentes são os direitos fundamentais, que sensíveis às alterações do homem em sociedade, tornam-se históricos, a ponto de que a cada momento exigem um tratamento ou representam uma dimensão diferente.

Nesse sentido, a Previdência Social, nas linhas desta pesquisa, acomoda a investigação levantada na pergunta do trabalho, em que, mesmo não havendo legislação estrita, pode o

sistema protetivo assegurar alguma prestação previdenciária, mormente o salário-maternidade para o pai em família monoparental e maternidade sub-rogada?

Com as considerações lançadas, para compreensão da dimensão do ramo da seguridade social aqui abordado, forçosamente deve ser enfrentado o tema da eficácia e efetividade das normas constitucionais, posto que essas expressam os direitos relacionados à dignidade humana e mitigam as contingências sociais que acometem os segurados do regime previdenciário. Ademais, considerando serem as normas de direitos fundamentais um fragmento da Constituição, que deve sempre ser observada como uma unidade, sob um olhar sistêmico, uma concepção de Constituição merece relevante atenção neste trabalho – a Força Normativa da Constituição –, porém sem descurar-se da teoria da Constituição Dirigente que por muito tempo teve na CF/88 sua demonstração.

2.2 A Constituição Dirigente de 1988 e a Força Normativa de Hesse na realização dos direitos previdenciários

A CF/88, ao ser promulgada no momento de esperança de dias melhores, pois no retrovisor daquele instante ainda era possível enxergar os tempos sombrios do regime totalitário, recebe grande influência da Constituição Portuguesa de 1976, que também emergiu em um pós-regime ditatorial. Assim, sob os influxos dessa norma constitucional, a Carta Política brasileira encampou diversos projetos que vinculariam a atuação, principalmente do Poder Legislativo, que para integrar o sistema normativo, no desempenhar do seu papel de legislador, haveria de obedecer fielmente às balizas fixadas na Constituição emergente.

Com a Constituição fixando os limites e os deveres de atuação dos entes políticos, especialmente do legislativo, temos aqui a denominada teoria do constitucionalismo dirigente, que tem como maior ícone teórico J. J. Gomes Canotilho (2001). Entretanto, com o passar dos tempos, esse mesmo autor passa a defender que seus pensamentos sobre a Constituição Dirigente merecem temperamentos, ou seja, apesar de manter-se na estrutura da promulgação, no caso Brasil, no ano de 1998, as realidades atuais exigem uma nova leitura das prescrições constitucionais a ponto de, se assim não for feito, padecerá de normatividade.

Diante desse cenário sem alteração da estrutura constitucional, a única forma de manter viva a Carta Política consiste em fazer a leitura dos dispositivos constitucionais a partir da teoria de Konrad Hesse (2001), que reconhecendo uma abertura das normas constitucionais, indica que estar em constante contato com as realidades sociais é o caminho para manter a

normatividade da Lei Maior. Assim, para o caso desta pesquisa, em que o direito investigado tem lastro eminentemente constitucional, a força normativa de Hesse torna-se o caminho.

O termo Constituição é plurissignificativo, tendo os doutrinadores do Direito Constitucional defendido de que sua conceituação se torna tarefa difícil de unicidade. Diante do multifacetado conceito, sua compreensão pode se iniciar a partir das lições de Barroso (2020) ao reconhecer que a Constituição possui o dever e o poder de organizar, limitar e prescrever atuações políticas e jurídicas do Estado em relação ao seu povo.

Tradicionalmente a Constituição tinha por dever organizar política e estruturalmente o Estado, contudo, em sociedades plurais, a atuação absenteísta abre espaço para a intervenção positiva do ente político, buscando assegurar a convivência reciprocamente harmoniosa e respeitosa entre os membros da sociedade. Dessa maneira, evidencia-se um caráter material das Constituições atuais (MENDES; BRANCO, 2012).

Nesta concepção de Constituição, o Estado passa a ser um agente prestador de serviços, assumindo a condição de provedor parcial das necessidades da comunidade, isto é, esclarece que o texto que fora eminentemente político, agora, deve ser sensível aos anseios e à dinâmica da convivência social, que ditarão os caminhos a serem efetivados através das instituições jurídicas e políticas ou, quem sabe, serão ditados pelas normas positivadas das Cartas Políticas. Desse modo, demonstra-se uma simbiose entre o ser e o dever ser.

A capacidade de enxergar as demandas da comunidade a partir dos movimentos sociais evidencia a Constituição Material sob a ótica defendida por Konrad Hesse em contraponto à Constituição programática, dirigente, sustentada por J. J. Canotilho (FERNANDES, 2018). Não divergindo, mas, de certa forma, complementando a visão deste último que sinaliza haver nas Constituições normas passíveis de concretude, abertas no tempo, Konrad Hesse defende que a efetividade da Constituição Material implica dizer, até mesmo, a subsistência da comunidade política (MENDES; BRANCO, 2012). Logo, os enunciados semânticos das Cartas Políticas sempre devem ser efetivados sob a pena de a Constituição sucumbir.

A CF/88, desde o seu nascedouro, tem sido identificada como uma lei fundamental com a feição na tese de doutoramento defendida por Canotilho, consistente no chamado constitucionalismo dirigente, em que o texto político projeta as ações futuras do Estado, de forma a vincular sua atuação aos planos econômicos e sociais do seu povo (BERCOVICCI, 1999). Ser uma Constituição Dirigente atrai o questionamento sobre a capacidade normativa das chamadas normas programáticas, em especial quanto à possibilidade de imprimir o caráter jurídico sobre o político e, por este olhar, ter a capacidade de determinar a realização material do conteúdo veiculado na programaticidade do texto constitucional.

Ao se falar em normas programáticas sem um estudo atencioso da tese defendida por Canotilho (2001), pode-se chegar à conclusão desavisada, mas muitas vezes difundida, de que as normas programáticas são despossuídas de normatividade e, desse modo, não vincularia a atuação do Estado à sua consecução, que sempre estaria acobertada pela justificativa rasa de que a efetividade de normas programáticas carece de intervenção do Legislativo ao editar leis tratando do assunto a que a norma programática versa.

Ainda buscando ampliar o caráter meramente compromissário das normas programáticas, há quem defenda que o Estado somente poderá ser compelido a cumprir tais normas no instante em que possuir meios financeiros suficientes para cumprir tais promessas, que, no mais das vezes, reproduzem necessidades de prestações estatais, a exemplo dos direitos fundamentais sociais, em especial os benefícios previdenciários. Contudo, diz Eros Grau (2003), que as normas programáticas estão carregadas de normatividade e merecem a atenção do Estado em todas as esferas de poder¹⁴.

Canotilho (2001), ao defender o constitucionalismo dirigente, apresenta um olhar para a Constituição de Portugal de 1976 que serve também para a CF/88, pois ambas emergiram após períodos totalitários. O constituinte originário, em vista disso, buscou salvaguardar-se de quaisquer reveses normativos que pudessem resgatar o passado sombrio e para isso gravou as constituições de elementos formais e materiais, em especial quanto ao Poder Legislativo, para que, na sua atuação, não se distancie dos objetivos consagrados nos novos modelos de Constituição.

Consoante à tese da Constituição Dirigente, na Carta Política, estão inseridas previsões que ultrapassam o formal àquela ideia de organização do Estado e da fixação de competências, e apresentam ao povo um texto que fixa balizas materiais de realização. Consequentemente, tem a Lei Fundamental o papel de dizer o que deverá ser realizado pelo legislador derivado, não podendo este desviar-se dos parâmetros fixados na promulgação da norma maior.

Nas palavras de Canotilho (2001), a Constituição Dirigente apresenta um plano traçado para a tomada de decisões futuras, contudo, sem que se veja em uma proclamação de profecias, previsões sem crítica. As normas dirigentes refletem a interligação de uma consciência histórica e uma consciência de ação, ambas discutíveis e significando dizer que balizarão a atitude do

¹⁴ No mesmo sentido de assegurar que todas as normas constitucionais possuem eficácia e irradiam efeitos jurídicos, está o posicionamento de Silva (2004).

legislador na direção de alterar o *status quo* social, sempre respeitando os limites da realidade social sob o olhar do bloco constitucional dirigente.¹⁵

Sob a ótica de limitação do Poder Legislativo para atender ao que reza as normas dirigentes, diz Canotilho (2001), que não se pode entender que haja um caráter restritivo na produção legislativa, mas tais normas devem ser observadas como integrantes de um plano normativo na realização do programa de ação apresentado pelas normas e tarefas que constam da Constituição Dirigente. Logo, apesar de transparecerem as normas programáticas com certa abertura, tal hipótese não impossibilita o seu caráter normativo e vinculativo.

Com a doutrina do constitucionalismo dirigente, o que resta indiscutivelmente evidente é que, principalmente, o legislador não é livre para produzir leis que não observem os preceitos da Constituição, que aponta uma direção para o Estado Social. Assim, não há uma limitação do poder de legislar, mas tão somente sobre o que legislar, sempre com o fim principal de não deixar de realizar a Constituição Dirigente.

Ao defender a limitação dos temas a serem tratados pelo Legislativo, Canotilho (2001) assevera que não é possível aquiescer que o bloco constitucional dirigente reflita um caminho de ferro para a política a ponto de reduzir sua capacidade de direção. As normas programáticas, dirigentes, indicam uma dinâmica constitucional que termina por ser o fundamento constitucional da política, pois não há poder estatal preexistente à Constituição, mas sim esta norma é que legitima e fundamenta aquele poder, que conseqüentemente deve ter seus atos fundados no que determinam as leis constitucionais.

A conotação de Constituição Dirigente, encampando normas programáticas, possuidoras de caráter normativo, busca provocar um engessamento da atuação do Estado que deverá cumprir as previsões de caráter constitucional. Nota-se que a tese da Constituição Dirigente apresenta forte visão teleológica, ou seja, as normas foram gravadas a partir do Poder Constituinte e, como tal, em momento oportuno, deve o Estado realizá-las.

Para Bercovici (1999), a Constituição Dirigente contrapõe-se à ideia de Constituição do Estado Liberal, pois deixa de ser um mero instrumento de governo para assegurar um plano de transformação da sociedade, no qual os órgãos de direção política vinculam-se às tarefas e aos fins do Estado Social.

Por falar em Estado Social, percebe-se que o momento vivido tem apresentado uma complexidade de fatores sociais, com demandas de uma crescente minoria em diversos

¹⁵ Para Canotilho (2001), o bloco constitucional dirigente consiste nas imposições restritivas legiferantes, os princípios constitucionais, os preceitos determinantes de fins e as normas fixadoras de tarefas do Estado para realização dos direitos econômicos, sociais e culturais.

segmentos, que pode pôr em questionamento um Estado fundado no dirigismo constitucional histórico, vinculante da atuação legislativa, determinando quais tarefas devem ser executadas, já que presentes em um texto no qual o Constituinte não teve a capacidade de antever tamanha pluralidade.

Diante de reivindicações multifárias frente a um Estado sob a base de uma Constituição Dirigente, planificadora, vale registrar que nem mesmo o criador, chegada essa hora, teve como se ater a sua criatura. Em escrito da década de 1990, Canotilho (1996) apresenta para a comunidade jurídica que a Constituição Dirigente morreu, entretanto, a forte expressão cunhada pelo doutrinador não implica dizer no sepultamento da tese do dirigismo constitucional. Na nova manifestação, porém, o professor de Coimbra esclarece que a abertura constitucional dirigente apresentava balizas rígidas de realização dos objetivos constitucionais, não permitindo ao Estado ser sensível às novas realidades que muito já se distanciam da época do lançamento da tese do dirigismo.

Com a veiculação de escrito sinalizando a morte da Constituição Dirigente, quis Canotilho (1996) apresentar para a comunidade jurídica a necessidade de mitigação dos seus argumentos iniciais a fim de ajustar ou mitigar o constitucionalismo dirigente a ponto de torná-lo reflexivo. Dito de outra maneira, o autor se quis valer da abertura das normas constitucionais para poder sentir as necessidades do mundo pós-moderno ao invés de sustentar o caráter impositivo que inicialmente defendia.

No novo olhar de uma Constituição Dirigente reflexiva, Canotilho (1996) registra que não há total abertura constitucional, mas sim deve se ter a sensibilidade de afastar-se da visão teleológica e, com isso, ater-se às necessidades atuais de cada povo e lugar. Em especial, sobre estes dois últimos pontos, o autor registra que o surgimento da internacionalização das nações, “marcosualização” no contexto Brasil, cede-se lugar a uma mitigação da soberania nacional, e a Constituição passa a ser mera lei fundamental regional. Por conseguinte, o que outrora era determinante, pode-se passar a determinado.

Quanto ao declínio do dirigismo constitucional, Bercovici (1999) informa que as mudanças sociais imputaram certa derrota na Constituição Dirigente, principalmente em Portugal e no Brasil, haja vista que as normas constitucionais não possuem mais a capacidade de dar respostas unitárias com racionalidade e coerência à complexidade da sociedade atual. A tese do dirigismo constitucional deixou de ser imperativa para tão somente supervisionar a sociedade a ponto de ter amplamente sua eficácia questionada.

Decerto, a complexidade social, emergindo um indiscutível debate sobre o tamanho e papel do Estado, tenta disseminar uma ideia de fracasso do Estado Social, por consequência

dos textos constitucionais dirigentes, a ponto de negligenciar a eficácia e a efetividade dos enunciados semânticos gravados pelo Constituinte Originário, em matéria de direitos fundamentais. Contudo, eventuais arroubos nesse sentido não são capazes de infirmar a sólida envergadura normativa das normas constitucionais quanto a suas aplicabilidades.

Sobre a aplicabilidade, a eficácia e a efetividade das normas constitucionais, as lições de Silva (2004), nos ensinam que tais normas são classificadas em razão de não alcançarem a plenitude normativa quando do seu nascimento. Nesse sentido, em classificação tríplice, diz o autor que as normas são de eficácia plena, contida e limitada (subdividida em normas programáticas e de legislação). As normas de eficácia plena são as que possuem aplicabilidade direta, integral e imediata, ou seja, são autoaplicáveis, porque estão carregadas de todos os elementos normativos para evidenciarem sua autoexecutoriedade e requererem a atuação do Estado.

Em relação às normas de eficácia contida, o autor que são normas imperativas e possuem aplicabilidade imediata e direta, entretanto, ao regular a matéria, muito embora o Constituinte tenha regulado todo o seu conteúdo, permite que a atuação estatal venha a limitar circunstancialmente os efeitos normativos (SILVA, 2004).

Quanto às normas de eficácia limitada, Silva (2004) promove a subdivisão dessa classe em a) normas definidoras de princípios instintivos e b) normas de princípio programático. Ao tratar da primeira subdivisão, assevera possuir aplicabilidade imediata frente ao sistema jurídico anterior que veio a substituir, mas, no que diz respeito ao ordenamento posto, necessita de promulgação de lei integrativa, que deve ser fiel à previsão insculpida na regra que veio a regulamentar. Ao tratar da segunda subdivisão, ensina o autor que tais normas expressam caráter normativo mínimo. Em alguns casos, alcançam a aplicabilidade imediata quando conjugadas com outras normas postas, sem necessitar de regulamentação específica.

No que diz respeito às normas de princípio programático, Silva (2004) informa que, em casos específicos, há evidência de eficácia jurídica imediata, vinculante e direta, estabelecendo deveres aos legisladores: limitar o conteúdo das novas legislações que não podem contrariá-las, sob pena de inconstitucionalidade; inspiram a ordenação jurídica a respeitar os fins sociais e valores da justiça social e do bem-estar em comum; servem de balizas interpretativas e integrativas na aplicação das normas jurídicas; limitam a atividade discricionária do Estado; e criam circunstâncias de direitos subjetivos, a favor ou contra as áreas de incidência.

O tema da aplicabilidade de normas constitucionais é fecundo, e tendo a presente pesquisa o caminhar essencialmente sobre os direitos fundamentais, a classificação das normas constitucionais permite compreender e confirmar ou não as hipóteses levantadas sobre o tema.

Nas palavras de Bastos (2002), há as chamadas normas de aplicação que asseguram incidência imediata quando surgida as hipóteses no mundo fático. Segundo o doutrinador, tais normas são subdivididas em normas irregulamentáveis, já que não permitem qualquer regulamentação senão o que decorre da própria Constituição. Sob a outra divisão, são as normas regulamentáveis, que possuem incidência imediata, contudo, podem sofrer atuação do legislador que somente atuará para um melhor alcance dos efeitos da norma assim classificada.

Também sobre a classificação das normas constitucionais, Bastos (2002) leciona que há as normas de integração, que somente alcançam executoriedade quando da intervenção do legislador. Tais normas estão subdivididas em normas complementáveis, que são aquelas que, para eficácia plena, carecem de total regulamentação. No que diz respeito à segunda subdivisão, estão as normas de integração restringíveis, que sofrerão uma contenção do legislador para o campo de atuação.

Denota-se que a classificação das normas constitucionais quanto à aplicabilidade possui o mesmo cerne, isto é, as diversas doutrinas sempre perquirem delimitar o alcance das normas desde o seu nascimento com a presença no corpo originário da Constituição, buscando evidenciar as que não permitem e as que não necessitam de regulamentação derivada, como também aquelas que podem sofrer limitação do legislador derivado ou mesmo carecem da intervenção deste para sua aplicação na maior amplitude. Assim, a discussão doutrinária, apesar de profícua, segue o mesmo norte, do qual se pode concluir que as normas de aplicabilidade imediata, aí os direitos fundamentais, implicam em direitos subjetivos dos indivíduos a ponto de exigir do Estado Social uma atuação, especialmente em matéria de Previdência Social.

Observa-se que as normas de direitos fundamentais têm caráter normativo imediato e, a despeito da morte anunciada do dirigismo constitucional pelo próprio Canotilho (1996), verifica-se que a Constituição Dirigente brasileira não foi sepultada, mormente quanto às normas de direito fundamental que permanecem vívidas, não podendo se descuidar da necessária observância das peculiaridades que a sociedade atual exige. Sendo assim, para sua efetivação em caráter complementar da teoria constitucional dirigente, têm-se os ensinamentos de Hesse (1991).

Para defender sua teoria, Hesse (1991) assevera que a Constituição detém seu caráter normativo, havendo uma comunicação impositiva e sensível a cada realidade histórica posta e não pode ser partilhada sob dois olhares, visão esta que é aduzida por Ferdinand Lassalle, na qual diz que a Constituição real, fatores reais de poder, possui efeito vinculante e determinante em face da Constituição jurídica, folha de papel.

Em Hesse (1991), o texto legal da Constituição deve encampar uma normatividade condicionada à realidade histórica-atual. Assim, nota-se que há um diálogo imprescindível entre a comunidade e o texto, com as situações reais, aprimorando o texto legal, bem como este delimita os horizontes para impedir distanciamento das prescrições legais. Diz o teórico:

Em síntese pode afirmar: a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. As possibilidades, mas também os limites da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser (Sein) e dever ser (Sollen) (HESSE, 1991, p. 24)

O doutrinador Miranda (2019), ao tratar da força normativa da Constituição, assevera que, em Hesse (1991), há uma abertura do texto legal ao tempo, entretanto, não significa dizer deixar em aberto a lei, pois a unidade da Constituição permanece hígida em seus princípios, valores e estrutura. A mobilidade do sistema constitucional torna a norma atual. Os aspectos reais da comunidade são relevantes para a caracterização da força normativa da Constituição defendida por Hesse (1991), todavia, não se pode confundir com a doutrina de Lassalle, em que a Constituição não passa de uma folha de papel quando não representa os fatores reais de poder.

A realidade econômica, social e política tem papel significativo nas duas teorias constitucionais, contudo, em Hesse (1991), há uma dialética entre os fatores reais e a Constituição sob a ótica jurídica. A Constituição, em Hesse (1991), tem a capacidade de moldar a realidade a partir da vontade da Constituição e, de forma inversa, há mutação de tal vontade constitucional a partir da verificação das realidades de cada tempo e em cada espaço.

Consoante Coelho (1990), ao abordar os ensinamentos de Hesse (1991), diz o autor que, na teoria deste último, não há um abandono das forças sociopolíticas, mas sim um condicionamento recíproco entre a Constituição jurídica enquanto lei fundamental e a realidade político social subjacente, lembrando que, por tal situação, não é a realidade de acontecimentos que imprime a vontade da Constituição, mas sim o caráter espiritual e cultural presente na Carta Política que lhe é ínsito. Com a força normativa de Hesse (1991), há sempre uma conformação do sentido jurídico da Constituição com as relações institucionais e individuais da comunidade, seja para guiar condutas, seja para legitimar as condutas reiteradas na sociedade e decorrente da dinâmica do ser humano em evolução.

Em sede da CF/88, os arts. 1º e 3º¹⁶, ao enumerarem os fundamentos e os objetivos da República Federativa do Brasil, sinalizam deveres do Estado e, ao mesmo tempo, autorizam as instituições privadas e públicas a fomentarem e buscarem as condutas que possam tornar concretos citados objetivos e fundamentos. Com a leitura dos objetivos e dos fundamentos da CF/88, tem-se aí a vontade de Constituição apresentada na teoria de Hesse (1991), logo, a força normativa da Carta Política se realizará com a obediência dos citados preceitos aplicados de maneira reflexiva aos acontecimentos e à realidade de cada momento histórico. Diante disso, tornam-se eficazes as normas constitucionais, em especial as de direitos fundamentais da Previdência Social.

Para Coelho (1990), Hesse (1991), na consecução da força normativa da Constituição, defende uma dialeticidade entre o ser e o dever ser, mas registra que a realidade não é capaz de tomar para si toda a representatividade da Constituição, mas essa sim, em sua expressão normativa, acomoda a realidade, integrando e superando as tensões fático-axiológicas das relações humanas.

Em Hesse (1991), a relação entre o ser e o dever ser implica na realização da pretensão de eficácia normativa da Constituição, que somente será efetivada quando observar as concepções concretas e os valores de cada povo, já que de fato há uma força real condicionante e uma normatividade constitucional, que precisam ser distinguidas, mas jamais separadas, pois se condicionam mutuamente.

Nos ensinamentos de Hesse (1991), há o reconhecimento da volatilidade do Estado, em especial do seu povo que possui leis culturais, sociais, políticas e econômicas dinâmicas. Isto posto, ao defender a normatividade, diz o autor que é necessário que a Constituição esteja em possibilidade de adaptar-se às alterações das peculiaridades de cada povo. Nesse passo, a

¹⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (Vide Lei nº 13.874, de 2019)

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (...)

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 1998, art. 1º e 3º)

adequação constitucional decorre principalmente da interpretação construtiva das normas que serão respeitadas em suas proposições e realizadas nos limites da realidade.

Observando a sensibilidade a cada realidade defendida por Hesse (1991), registrando que o trabalho interpretativo construtivo da norma constitucional nos limites propositivos de cada redação legal, ou seja, dos valores em que estão assentados os textos, tem-se que o autor defende, em sua teoria, a constante atualização constitucional, que, no Estado Social de Direito como o brasileiro – de realidades diversas –, possui total acolhimento.

A Previdência Social, existindo com base em normas constitucionais, tem o escopo principal de socorrer os seus segurados quando acometidos de contingências sociais, logo, sendo os infortúnios, em regra imprevisíveis e dinâmicos na sociedade, realizar a leitura da vontade de Constituição com o olhar axiológico¹⁷ para manter o caráter normativo das normas constitucionais permite ter a atualização permanente da Magna Carta, sem carecer de reformas constantes de seu texto, isto é, o que está previsto não precisa de novas redações, mas sim de efetividade que logrará êxito quando os aplicadores do direito converterem-se à Lei Maior e mais ainda ao seu caráter jurídico e a sua vontade, no tratamento de situações da práxis que lhe são impostas.

Assim, sendo a CF/88 enquadrada como dirigente sob a doutrina de Canotilho (2001), mas que já não pode ter a leitura sobre os ensinamentos do autor português, verifica-se que a realização dos fundamentos e dos objetivos da norma maior encontra lastro jurídico nos ensinamentos de Hesse (1991). Dessa maneira, não podendo deixar de estar atento que a realidade de cada povo e os seus valores serão o fio condutor para concretização da pretensão de eficácia normativa, com base na vontade da Constituição. O aplicador do direito, ao se deparar com situações que necessitem de sua manifestação, não pode se descuidar de respeitar a CF/88 como um todo e, por tal razão, para guiar a atuação deste intérprete, o olhar sistêmico da Carta Política passa a ser imprescindível.

2.3 O conceito de sistema em Claus-Wilhelm Canaris e sua aplicação aos direitos previdenciários

Consoante já foi notado no caminho percorrido até agora nesta pesquisa, seguindo o referencial legal dos direitos previdenciários com esteio em normas constitucionais originárias, percebe-se que tais direitos quando inscritos na Carta Política pelo constituinte, à época

¹⁷ Aqui as maiores expressões axiológicas são os objetivos e fundamentos dos art. 1º e 3º, CF/88 (BRASIL, 1988).

buscando instaurar uma ruptura jurídica institucional com o modelo ditatorial, houve a inserção, na Magna Carta, de uma imensa gama de garantias e direitos que, para sua efetividade, necessitam de um olhar sistêmico, tendo como ponto de partida a própria Lei Maior do ordenamento jurídico.

Assentir que a efetividade dos direitos previdenciários carece de um olhar sistêmico não decorre tão somente de discurso metodológico para acomodação da presente empreitada de estudo. Ao contrário, a própria inclusão da Previdência Social no Título VIII da CF/88, evidencia que esta integra um sistema dentro da Constituição, ou seja, expressa uma ramificação saída de um tronco maior alicerçado no Estado Social de Direito, que possui legitimidade nos arts. 1º e 3º da CF/88 (BRASIL, 1988).

Consciente da abordagem sistêmica que se dispensa aos direitos previdenciários, tendo a CF/88 como seu centro gravitacional, cumpre esclarecer, para melhor entendimento do trabalho, o que venha a ser esse tratamento sistêmico na concretude dos citados direitos fundamentais.

Observar determinado conceito ou instituto jurídico implica em não se descuidar da origem do objeto analisado e, nessa perspectiva, valer-se de uma sistematicidade requer entender inicialmente o que é um “sistema”. Com um olhar à etimologia desse termo, percebe-se que sua origem que remonta à Grécia Clássica, na qual o significado muito se distanciava do atualmente utilizado pelos juristas, em especial, o defendido por Claus-Wilhelm Canaris (2002) que será estudado à frente.

Para Losano (2008), na Grécia Clássica, o termo sistema comportava significados técnicos e atécnicos, tendo esta última concepção, na sua essência, que o sistema correspondia à capacidade de agregação ou aglutinação, sem qualquer necessidade de haver elo entre as partes reunidas, pois objetivava tão somente organizar. Em outras palavras, para a caracterização do sistema, sequer exigia-se ponto de convergência, bastando apenas uma miscelânea.

Na transição da Grécia Clássica para os romanos (LOSANO, 2008), a maior expressão e o tratamento do termo sistema permanecem com a conotação de aglutinação, servindo mesmo de critério de organização estrutural, inclusive no *Corpus Iuris* de Justiniano. Com a passagem para os europeus medievais, o termo “sistema” sofre considerável incremento com a influência dos teólogos, que iniciam a sistematização da doutrina cristã protestante, agora mantendo um ponto de comunicação comum entre os textos organizados. Com isso, começa a existir um vértice comum para poder se caracterizar o sistema.

A reunião da produção cristã promovida pelos teólogos influencia os juristas, em razão de muitos dos teóricos acumularem o ofício de jurista e teólogo. Decorrente dessa dupla função, inauguram a chamada dogmática jurídica, ainda que incipientemente reconhecida, vez que, diante da considerável quantidade de textos jurídicos da época, o método de sistematizar facilitava o conhecimento e a aplicação do direito (LOSANO, 2008). A dogmática, então, passou a ser a expressão do termo sistema, simbolizando uma concatenação do conhecimento à disposição do jurista, aplicador e estudioso do Direito. A reunião do conhecimento jurídico em sistema fez surgir duas concepções denominadas de sistema externo e sistema interno.

Nas palavras de Bonavides (2020), o sistema externo coincide com o trabalho do cientista do Direito, aquele que, no seu ofício, descreve e ordena o conhecimento sobre o objeto estudado sem que as concepções exaradas necessitem de elo de convergência ou ligação entre si. Já em relação ao sistema interno, diz o autor cearense que há a ligação dos elementos materiais e não materiais do objeto estudado, que se reveste num necessário ponto de convergência e até justificação entre a abordagem material e não material. Ainda para este autor, o sistema interno apresenta certa ordenação e unidade, pois há um chamado ponto de convergência, sem poder deduzir que a justaposição assegure que as normas sucedam uma à outra em uma espécie de corrente ligadas por elos, em que cada uma justifica o surgimento do seguinte.

O sistema externo como método facilitador do conhecimento tem na dogmática jurídica sua maior expressão, posto que esta ideologia surja como corrente formalista capaz de sintetizar o conhecimento jurídico, ao tempo em que oferece soluções aos casos reais num esquema de lógica dedutiva com alicerce na chamada jurisprudência dos conceitos que defendia a completude do direito e engessava a atividade do jurista, que então se denominava como operador do direito dada a impossibilidade de criar a norma jurídica (BONAVIDES, 2020).

Sucedo que o alicerce da jurisprudência dos conceitos, qual seja, a completude do ordenamento, foi fulminada pela chamada jurisprudência dos interesses, em especial a partir da segunda versão de Jhering, que deixa de ser o defensor daquela corrente teórica e inicia o reconhecimento da atividade do jurista enquanto aplicador do direito atento às realidades que envolvem o caso a ser decidido (HECK, 1947).

A jurisprudência dos interesses tem como forte defensor o teórico Philipp Heck (1947), que busca desenvolver uma forma de aprimoramento da jurisprudência dos conceitos, ao passo que objetiva desenvolver um método em que haja o respeito à vontade do legislador e, ainda assim, tornar-se capaz de levar em consideração as realidades que circundam os casos postos à decisão na práxis.

Com Heck (1947), a jurisprudência dos interesses tem a centralidade na atividade do juiz, contudo, sem patrocinar uma atuação discricionária do jurista, já que a manifestação judicial deve seguir a denominada lógica da decisão sem que isso queira sinalizar uma hipótese de subsunção mecânica dos fatos à lei, mas sim a observância dos valores práticos da vida em sociedade merece atenção na hora da prolação judicial, ao mesmo tempo em que não se descuidará de expressar a certeza do direito, com decisões uniformes e precisamente previsíveis numa interpretação histórica guiada pela vontade do legislador.

Na contraposição da dogmática jurídica, a jurisprudência dos interesses encampa um movimento reformador, tendo como ponto de partida o reconhecimento das lacunas da lei e como deverá ser o comportamento do magistrado ao decidir que haverá de proceder com a interpretação histórica-teleológica a ponto de promover a integração da norma no caso concreto, sem com isso atuar sem limitação ou mesmo sub-rogue-se na função de legislador (HECK, 1947). Esse novo comportamento, portanto, já antevia a grande preocupação sobre a discricionariedade judiciária e a possível ausência da segurança jurídica tão vilipendiada nos dias hodiernos. Essa condição de jurista subordinado sinaliza que o movimento reformador não encontrou total identidade no Movimento do Direito Livre¹⁸, mas registra que a atuação do magistrado não pode ser mecânica, atuando na conhecida expressão *bouche de la loi*, sem a liberdade de criar o direito ou atualizá-lo na resolução dos casos concretos.

Contextualizando a jurisprudência dos interesses para a atualidade, diz Losano (2010) que, no instante em que o método de Heck (1947) permite a atuação do juiz com valorações para decidir o caso concreto, faz surgir o que se denomina atualmente da jurisprudência dos valores, que serve para indicar quais valores serão utilizados quando a norma positivada não responde ao caso posto a decisão.

Com as digressões teóricas apresentadas, é possível identificar dois significados ao termo sistema. Um primeiro sentido como forma de apresentação didática do direito enquanto reunião de conceitos e voltados à aprendizagem. Noutro sentido, sistema consiste na apresentação dos elementos que o integram agrupados convergentemente e, como um todo, coloca-se à disposição do juiz enquanto aplicador do direito.

Sob o olhar do sistema como meio de aplicar o direito, o teórico Canaris (2002) registra que o caráter sistêmico do direito não apresenta uma completude, pois ainda padece de lacunas

¹⁸ Teoria encampada por Kantarowicz no início do século XX que defende a atuação do juiz na função criadora do direito, assim, demonstrando um direito formal, legislado, e outro livre, a produção da judicatura (LOSANO, 2010).

nas leis¹⁹. O teórico orienta-se na concepção do sistema interno e no enfrentamento da deficiência indicada, e assevera que a atuação do legislador e do juiz deve sempre observar o valor superior de justiça na visão consequencialista, assim, haverá a validação da produção legal e normativa (LOSANO, 2010).

Para Canaris (2002), de fato, o sistema deve ser visto como instrumento de aplicação do direito e, neste ponto, converge com os ensinamentos de Heck (1947). Esta aproximação, no entanto, não ocorre na sua integralidade, já que Canaris (2002) afirma que a jurisprudência dos interesses foi responsiva para dirimir os conflitos pontuais sob o olhar da lei e da *ratio legis*, sem considerar os princípios fundamentais do domínio jurídico, que são os mais altos valores jurídicos reconhecidos na justiça: equidade e segurança do direito.

Em Canaris (2002), o conceito de sistema arrima-se na adequação e unidade. A adequação quer dizer a existência de uma ordem interior radicada no postulado de justiça, principalmente sob a ótica do princípio formal da igualdade, logo, há um guia de atuação teleológico consequencialista de sempre reduzir-se ao valor de justiça. Quanto à unidade, significa dizer que, no sistema, há uma ordem fundada em valores conexos, ainda que múltiplos: os princípios gerais de Direito. Nos ensinamentos do autor, portanto, o sistema tem o papel de promover a adequação valorativa e a manutenção da unidade interior da ordem jurídica.²⁰

Para Coelho (1995), o conceito de sistema em Canaris (2002) inspira-se numa esteira sistemática axiológica e teleológica para a realização da justiça como amálgama ético-jurídico, que é a *ratio* essência do Direito. A realização desta *ratio* não se descuida de observar a segurança jurídica e o Direito como fenômeno ético-social que exige o respeito à clássica visão de justiça sob a ótica do princípio formal de igualdade.

Com o conceito de sistema apresentado, é possível concluir que os princípios gerais de Direito ocupam papel decisivo nos ensinamentos de Canaris (2002) quanto à sistematicidade defendida na caracterização da adequação valorativa de justiça como igualdade. A dimensão teleológica não sinaliza uma profecia, mas sim o meio de realização, aplicação do Direito para manutenção da ordem interna propalada pelo teórico.

Ainda sobre o conceito de sistema, agora mais especificamente para realização do Estado Social de Direito que está encampado na CF/88 e tem parcial dimensão na Previdência Social, ao seguir os ensinamentos de Canaris (2002), Freitas (1994) diz que o sistema tem a

¹⁹ Sobre as lacunas da lei, Tércio Sampaio, ao tecer comentários sobre Emil Lask, diz que este autor informa que o sistema pode conter lacunas, quando visto sob metodologia estática, mas não as conterà ao ser visto sob a dinamicidade do fenômeno jurídico (FERRAZ JR, 2022).

²⁰ “Tratar o igual de modo igual e o diferente de forma diferente, de acordo com a medida da sua diferença” (CANARIS, 2002, p. 18).

função de superar as antinomias e realizar os princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito. Denota-se que os princípios desempenham crucial papel no sistema e, por tal razão, Canaris (2002) registra que há quatro características que autorizam aqueles a funcionarem na função sistematizadora, a ponto de se reconhecer que a contradição entre eles obriga a sempre existir diversos graus de novas valorações autônomas, a ponto de justificar uma abertura do sistema para acomodar a dinamicidade que lhe é peculiar na realização da justiça:

1. os princípios não valem sem exceção e podem entrar entre si em oposição ou em contradição;
2. não possuem a pretensão de exclusividade;
3. ostentam sentido próprio apenas numa combinação de complementação e restrição recíprocas;
4. para sua realização precisam de uma concretização através de sub-princípios e valores singulares, com conteúdo e material próprio. (CANARIS, 2002, p. 88/96)

Com a enumeração das características dos princípios que asseguram a unidade do sistema, visualiza-se que há certa fluidez ou mesmo multiplicidade de princípios dentro do sistema, que, embora tenham o centro gravitacional no axioma de justiça, sinalizam que, para o alcance deste, é necessário uma construção e reconstrução de princípios a cada situação posta na aplicação do Direito. Nesse sentido, conclui-se também que, a despeito da unidade e da adequação, o sistema em Canaris (2002), ao padecer da incompletude, aponta para uma necessária abertura, sob pena de não permanecer existindo.

Ao reconhecer a abertura de seu sistema jurídico, Canaris (2002) diz que tal característica é uma qualidade deste e, em superficial explanação, apresenta que a literatura, ao buscar explicar aquele termo, o faz inicialmente a partir da diferenciação entre aberto e fechado. Primeiramente, o sistema aberto é considerado aquele construído na casuística e na jurisprudência, ao passo que o fechado é aquele idealizado na codificação. Ainda para explicar o termo aberto, traz-se a condição de incompletude do sistema que sinaliza uma capacidade de evolução e modificabilidade.

Sucedede que, além de trazer uma explicação da literatura que vigorava à época para elucidar o que seja a abertura de seu sistema, Canaris (2002) levanta a necessidade de claramente dizer o que seja essa abertura e para tanto registra a necessidade de delimitar os dois lados do conceito de sistema: o científico (externo) e o objetivo (interno).

Sobre o sistema de conhecimento científico (CANARIS, 2002), as proposições doutrinárias, a incompletude é peculiar, já que dotado de provisoriedade expressa o estado do conhecimento em determinado tempo, não podendo ser definitivo a ponto de, em o sendo, impeça o progresso e desenvolvimento da ciência do Direito.

Ao explicitar a abertura do sistema objetivo, Canaris (2002) reconhece que o Direito atualmente está sedimentado na codificação, entretanto, este panorama não está imune ao aperfeiçoamento, que ocorre inclusive a partir da atividade legislativa ao inserir novos princípios e leis no ordenamento, sem que isso determine a substituição do sistema anterior pela simples inovação legislativa, que, se mantendo sob a adequação do sistema terá sua validade reconhecida. O sistema codificado não pode ser estático, mas sim dinâmico, pois não é possível desconsiderar a historicidade que permeia cada realidade jurídica (CANARIS, 2002), ou seja, a ideia de justiça acompanha os avanços jurídico-sociais e isso torna inconteste que o próprio objeto do sistema é mutável e por essência nunca chegará ao fim.

Com a demarcação do objeto de cada sistema, científico e objetivo, bem como a demonstração da abertura em cada um, apresenta-se a correlação e os efeitos de um sistema sobre o outro a partir das modificações de cada um (CANARIS, 2002). Assim, registra o teórico que o sistema objetivo, ao ser modificado, desemboca conseqüentemente numa alteração do científico, pois este tem como objeto de estudo aquele. Ressalta o autor, entretanto, que o contrário não ocorre.

Refutando a conclusão a que chegou Canaris (2002) colacionada no parágrafo anterior, Araújo Neto (2020) defende que as modificações de um sistema acarretam sim alterações sobre o outro numa espécie de simbiose, vice-versa, contudo, não se pode deixar de reconhecer que a velocidade de um sobre o outro é diferente. O sistema objetivo altera-se pela inovação legislativa, numa certa rapidez, ao passo que a ciência tem sua alteração a passos lentos a partir de pesquisas que influenciam a jurisprudência, que encampará os novos conceitos e os novos valores ou reconhecerá o caráter ultrapassado de determinadas regras codificadas que cairão em desuso e possivelmente, nesse quadro, determinaram a alteração legislativa.

Ainda sobre a modificabilidade do sistema, Canaris (2002) informa, na sua pesquisa, que muitas vezes a caracterização da abertura é confundida com a mobilidade defendida por Wilburg, mas não se pode pensar numa relação direta. Para demonstrar a singularidade de cada termo, são enumeradas as características essenciais da mobilidade: a igualdade fundamental de categoria e a substituíbilidade mútua dos componentes, princípios ou critérios de igualdade; a partir destas o teórico consigna que não há praticamente similitude com a abertura do seu sistema (CANARIS, 2002). De arremate, assevera que um sistema móvel pode ser aberto ou fechado e um sistema aberto pode ser móvel ou rígido. Assim sendo, as características de um não podem ser integralmente vistas no outro e, por isso, a confusão de conceitos não pode ser levada adiante.

Com o fundamento de validação na justiça como valor supremo, a abordagem de Canaris (2002) sedimenta seu Sistema de Direito em uma conotação aberta, que encontrará limite somente no seu elemento de validação. Em outros termos, em que pese o legislador e aplicador do direito se encontrarem vinculados por elementos teleológicos, dado um caso concreto que necessita de decisão, em especial levando em consideração a proibição do *non liquet* (BRASIL, 1988) do ordenamento jurídico pátrio. A ausência de texto legal não obstará a manifestação jurídica e esta, tendo como fundamento o valor supremo do sistema – a justiça –, em nenhum momento poderá ser considerada arbitrária e muito menos minará o ideal de certeza do direito (LOSANO, 2010).

Com o olhar na norma fundamental do ordenamento brasileiro é possível concluir que a teoria de Canaris (2002), embora oriunda do direito privado alemão, tem total compatibilidade na aplicação do Direito Previdenciário, pois os objetivos e fundamentos da CF/88 possuem carga axiológica positivada, assim, vinculando o cientista do direito (legislador, doutrinador e aplicador do Direito) à pretensão de justiça.

A Previdência Social como um ramo da seguridade social objetiva realizar a justiça²¹ e, nesse mister, a teoria de Canaris (2002) encontra total acomodação, pois reconhece a possibilidade de uma permanente atualização do conceito de justiça que, em matéria previdenciária, é indiscutivelmente dinâmico. As relações sociais têm acontecido com rapidez, chegando ao ponto de não ter o mesmo acompanhamento da produção legislativa, por consequência, assim, somente uma interpretação sistemática adequada que assegure a unidade do sistema, principalmente no referencial da justiça como igualdade, é que não deixará os segurados sem uma resposta previsível e que reflita a segurança jurídica do sistema.

O problema central da pesquisa aqui traçada decorre de uma não prestação previdenciária, sonogada sob o frágil argumento da legalidade estrita, que para servir de fundamento de um sistema jurídico só pode encontrar ressonância quando sua aplicação e interpretação não contrariar um fundamento maior de justiça que é a norma de validade jurídica do sistema.

A situação real das famílias monoparentais masculinas a partir da maternidade subrogada, que torna incontestado o nascimento de uma família com laços sanguíneos, ao não ter na Lei 8.213/91 (BRASIL, 1991) tal previsão como justificadora da concessão do salário maternidade, impede que os novos pais tenham acesso à prestação previdenciária.

²¹ Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais. (BRASIL, 1988, art. 193)

Sucedee que em situação idêntica, diga-se, porque a lei não faz distinção entre os filhos de laços sanguíneos ou afetivos (adotivos), o pai que proceder com a adoção ou guarda para fins de adoção tem assegurado o benefício, logo, com esse cenário, o referencial teórico de Canaris (2002) e Hesse (1991), a partir de sua sistematicidade e força normativa da Constituição, permite de forma jurídica e sem espaço para possível ativismo ou desrespeito ao princípio democrático, que o intérprete autêntico, o Estado Juiz, promova a atualização normativa e assim estabeleça a segurança jurídica de reconhecer a igualdade material.

Valer-se da conjugação dos referenciais teóricos de Canaris (2002) e Hesse (1991) assegura a manutenção da força normativa do sistema jurídico, atualizando-o com as necessidades da sociedade ao qual está dirigido o ordenamento jurídico no modelo de Estado Social de Direito, ou seja, aceitar a dinamicidade do direito porque decorre de relações fluídas não tornará as leis obsoletas e muito menos injustas.

2.4 A justiça e o bem-estar sociais na Previdência Social

A Previdência Social como parte integrante da Ordem Social na CF/88 tem como finalidade realizar a justiça e o bem-estar sociais. Dessa forma, com a efetivação destes dois princípios, há evidente reflexo no âmago do Estado Social de Direito na concretização da justiça, sobretudo na dimensão da igualdade material.

Ao se falar de justiça e bem-estar sociais como princípios, não se pode olvidar de marcar os limites conceituais do que venham a ser princípios no âmbito deste trabalho, já que não há consenso sobre o que são e quanto ao seus papéis no ordenamento pátrio.

De acordo com as lições de Ávila (1999), ao se definir o conceito de princípios, é necessário inicialmente segregar tais normas de outras categorias, que normalmente as confundem como tal e, para isso, não se pode deixar de compreender o Direito na sua dimensão de interpretação e aplicação guiada por postulados normativos, critérios normativos e valores.²²

Na distinção, Ávila (1999) enumera cinco categorias: 1) não se confundem com valores, porque indicam um dever ser e não o que é melhor; 2) não se confundem com o mero estabelecimento de fins, pois indicando um dever ser não se satisfaz com a mera possibilidade de realização; 3) não se confundem com axiomas, não são autoevidentes, já que carecem de elementos materiais na concretização do dever ser; 4) não se confundem com postulados, pois

²² Ao referir-se sobre a interpretação e aplicação do Direito, diz o autor que deverão ser observados os princípios, as regras, a supremacia da Constituição, a unidade, a coerência, a superioridade, a cronologia e a superioridade, além dos valores (ÁVILA, 1999).

estes explicam como pode ser obtido o conhecimento do Direito e não a aplicação; 5) não se confundem com critérios, nessa categoria estão as meta-regras que indicam como aplicar outras normas.

Além da distinção a partir das categorias Ávila (1999), diz-se também que há diferença entre regras e princípios, levando em consideração o grau de abstração da previsão normativa, na qual as regras consistem em normas de condutas e os princípios em normas finalísticas para a realização de estados desejados, ou seja, são normas finalísticas que possuindo conteúdo indiretamente prescritor de uma conduta humana atingirá o fim devido, ao passo que as regras tão somente determinam condutas humanas devidas sem importar-se diretamente com os fins delas decorrentes.

Com isso, realizada a delimitação, levando-se em conta as distinções de categorias e grau de abstração para com as regras, o autor conceitua os princípios como:

... normas imediatamente finalísticas, para cuja concretização estabelecem com menor determinação qual o comportamento devido, e por isso dependem mais intensamente da sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para determinação da conduta devida. (ÁVILA, 1999, p. 167)²³

Ensina Lima (2015) que os princípios merecem duas abordagens, ora como norteadores da legislação, ora como guias da interpretação e aplicação do direito. Na primeira, são os fundamentos da lei e impedem atos contrários até do legislador, sob pena de trazer à tona uma lei ilegítima. Já na segunda, os princípios funcionam como informadores da *ratio legis*, servindo como balizadores da interpretação sistemática, lógica e teleológica da norma e, em ambas as circunstâncias, integram o processo produtor do direito e justificação da sua aplicação.

Para Grau (2021), os princípios estão presentes no ordenamento jurídico brasileiro de forma explícita e implícita e, nesta última manifestação, não implica dizer que são criados pelo cientista do direito e jurista, vez que estes não possuem o poder da alquimia, porque o vir à tona dos princípios implícitos não é um ato constitutivo, mas sim declaratório, já que estão latentes no ordenamento jurídico. Para o autor, os princípios são identificados em razão do seu alto grau de generalidade e sua proximidade com os valores e voltam-se sempre para a aplicação do direito.

²³ Quanto ao conceito de regras, consiste em “... normas mediamente finalísticas, para cuja concretização estabelecem com maior determinação qual o comportamento devido, e por isso dependem menos intensamente da sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida” (ÁVILA, 1999, p. 167).

Noutro giro, em relação aos princípios, há quem entenda que a aceitação destes como fundamentos primeiros, signifique uma arma de preguiçosos e espertos (SUNDFELD, 2012). Para o autor, a utilização dos princípios tem servido como truques de mágicas pelas partes para justificar seus direitos e pelos juízes que ao julgarem não enfrentam os problemas postos com profundidade, logo, está aí a caracterização dos espertos e dos preguiçosos, vez que, sob o olhar do doutrinador, os princípios são normas carregadas de vagezas e por isso acomodam as diversas posições sem muitas vezes respeitar o direito que subjaz da situação posta.

Ainda em sentido parecido, em que os princípios representam artimanhas para acomodar o direito alegado, Azevedo Júnior (1998 *apud* CUNHA, 2003), informa que o advogado, ao alegar um princípio, o faz por desespero e encontra-se à espera de um milagre, pois se estivesse direito alegaria um específico dispositivo de lei e não um princípio.

Levando em consideração as conceituações apresentadas, para efeitos desta pesquisa, os princípios serão observados como normas finalísticas para concretização dos objetivos do Estado Social de Direito, em especial os primados da justiça social e do bem-estar social calcados na justiça como expressão da materialização da igualdade.

Em linhas iniciais, Balera (2010) registra que a justiça social consiste na perseguição da redução das desigualdades sociais, em que esse itinerário não perpassa somente pelas condutas do Estado, mas carece de atuação de todos da sociedade objetivando um desenvolvimento social que não relegue a maioria da população à miséria, à fome e à desnutrição. Dando sequência aos ensinamentos, Balera (2010) também afirma que a justiça social não é algo utópico ou muito menos prático no ordenamento jurídico brasileiro, pois para sua realização basta serem respeitados os direitos sociais previstos na Lei Maior por todos os partícipes do sistema jurídico e social.

Já sob o prisma complementar das ideias colacionadas, Balera (2010) assevera que a justiça social estampada na Ordem Social da CF/88 representa um caráter histórico, que significa dizer não ser um conceito estático, mas sim transitivo, pois a cada momento da sociedade há necessidades singulares de cada povo. A realização da justiça social ali prevista requer a atuação de toda a coletividade de forma solidária, a fim de assegurar de forma equânime a distribuição dos benefícios sociais para quantos deles necessitem. Logo, ao serem instituídos não podem apenas ser mantidos, mas sim expandidos como forma de alcançar o ideal da universalidade de cobertura e atendimento.

Ensinam Horvarth Júnior e Santos Filho (2015, p. 5) que a justiça social é: “... caracterizada por pretender corrigir as grandes distorções ocorridas dentro de uma sociedade, diminuindo as distâncias e diferenças entre as diversas classes que a constituem”.

Nas palavras de Oliveira (2004), a justiça social é um fim a ser atingido pelo sistema de seguridade social para garantia da igualdade no plano real, concreto, efetivando e assegurando um tratamento igualitário formal e material.

Com as lições esposadas é possível identificar que a realização da justiça social almejada pela Ordem Social na CF/88 requer uma atuação de todos os setores da sociedade, público e privado, que, ao guiar-se por uma solidariedade, alcançará a realização da igualdade especialmente em sua dimensão material, sem também descuidar-se da dimensão formal.

Mutatis Mutandis, sobre esta forma de justiça social, Hayek (1985) leciona que o envolvimento da comunidade de forma solidária e sob a liderança do Estado na efetivação da justiça social tem como consequência negativa a privação da liberdade do indivíduo, pois alcançar esse objetivo da seguridade social termina por retirar a avaliação moral de que cada conduta humana merece ser observada e conseqüentemente responsabilizada. Com os ensinamentos, o teórico identifica que, apesar das diferenças que o mercado livre da intervenção estatal desencadeia, estas são decorrentes das escolhas de cada indivíduo e, por conseguinte, não pode a comunidade suportar os encargos pelas escolhas dos indivíduos livres em sociedade. Logo, eventual ausência de proteção da dignidade humana não pode ser suprida pela sociedade, mas sim deve ser vista como uma escolha pessoal.

Oposto ao conceito exposto no parágrafo anterior e na abordagem defendida, a justiça social não pode ser condenada por ideias liberalistas, pois termina por ser um subprincípio da justiça enquanto instituto que assegura a igualdade material. Sob a ótica do Direito Previdenciário, a seletividade e a distributividade dos benefícios²⁴ sedimentam este último instituto jurídico, pois, em dadas situações de igual contexto fático, o sistema de proteção já prevê ou indica que haverá de ser concedida a prestação previdenciária responsável pelo suprimento da contingência social a qual está sofrendo o segurado.

Após a demarcação do conceito de justiça social que é adotado nesta pesquisa, passa-se para a conotação do bem-estar social que é o outro objetivo da Ordem Social. Ao se falar em bem-estar social, uma expressão conhecida é a estrangeira *welfare state*, e, por essa razão, a abordagem inicial será a relacionada ao conceito mundial que ganha maior relevo após a Segunda Guerra Mundial, em que o papel do Estado encontrava-se questionado especialmente sob o olhar das políticas econômicas liberais.

²⁴ 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.

(...)

III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; (BRASIL, 1988, art. 194)

Segundo Gomes (2006), o estado de bem-estar social consiste na atuação institucional do Estado para, mediante financiamento, implementar programas sociais destinados a promover os interesses coletivos de determinados povos, sem que essa conduta abandone totalmente o mercado, mas permita um equilíbrio entre as duas forças que permanecem vigentes. O estado de bem-estar requer maior intervenção estatal em favor da coletividade, ou seja, o mercado deixa de atuar livremente e tem no Estado o seu regulador com a finalidade de converter bens e serviços para a sociedade numa espécie de círculo de autoalimentação, já que estes voltarão para o mercado.

O estado de bem-estar social sofre muitas críticas ao se caracterizar como um Estado intervencionista possivelmente capaz de fragilizar o mercado. Entretanto, com o conceito inicialmente trazido, evidencia-se que realizar o bem-estar social termina por fomentar o mercado, já que oportunizando a coletividade a ter mais acesso aos bens e serviços, termina por induzir o consumo que é a mola propulsora do mercado, ou seja, sob o olhar sistêmico, a concretização do bem-estar social atende a acomodação do livre mercado com a realização dos objetivos fundamentais da CF/88.

Para Raefray (2011), a implementação do estado de bem-estar social promoveu um incremento nas economias capitalistas ocidentais, em especial na acumulação de riquezas e conflitos de classes. Porém, registra-se que agora, sob a atuação do controle do Estado, é necessário observar as necessidades da comunidade com o olhar da solidariedade.

Em reforço à desmistificação de que a consecução do estado de bem-estar social interfere negativamente no mercado, Santos (2021) registra que há uma correlação direta de complementariedade entre a economia e o social, pois no instante em que são implementadas as políticas de bem-estar social, estas asseguram um maior poder de compra para a coletividade e isso impulsiona o desenvolvimento econômico de forma cíclica. Assim, combater o estado de bem-estar social não mina somente os objetivos sociais do Estado, mas também tem repercussão em fragilizar a economia, o mercado.

Nas lições de Ritter (2010), o bem-estar social é um alvo a ser atingido a partir de uma atuação estatal, que não erradicando a tensão entre o mercado e o social, atua de forma a fomentar a autoajuda coletiva, isto é, lança mão do seu poder de intervenção para proteger o indivíduo em sua dimensão coletiva, lhe permitindo uma segurança social capaz de autorizar até mesmo a participação nas decisões políticas do Estado. O bem-estar social pressupõe uma harmonização de condições da vida em sociedade capaz de assegurar uma igualdade.

Nota-se também que ao possibilitar prestações sociais para a coletividade via Estado no alcance do bem-estar social, o princípio da dignidade humana está tendo ressonância, já que as

prestações desse modelo de atuação estatal objetivam assegurar um mínimo existencial em todas as dimensões que assegurem, a partir daí, a igualdade material como reflexo da justiça.

Ao se falar em dignidade da pessoa humana, Sarlet (2015) conceitua que é uma qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade em geral, isso significa que, sob a eficácia vertical e horizontal, se deve evitar qualquer tratamento degradante e desumano, bem como devem ser asseguradas condições mínimas existenciais, ao tempo em que permita uma participação do ser humano em sociedade a fim de que lhe permitam decidir os destinos de sua própria vida e existência.

Com arrimo nas considerações conceituais apresentadas sobre a justiça e o bem-estar sociais, é possível assentir que a Ordem Social na CF/88 tem estreita relação com os objetivos fundamentais dessa Carta Política, assim, apresentando um incontestável sistema jurídico alicerçado no princípio maior de justiça. Dessa maneira, a dimensão de justiça que se encontra no vértice do ordenamento jurídico brasileiro e é utilizada nos limites deste trabalho não pode se furtar a seguir com maior zelo a expressão da igualdade material a ponto de permitir um arcabouço de oportunidades a todos da comunidade brasileira, inclusive os apenas residentes neste país.

Enxergar a justiça e o bem-estar sociais nos moldes da mensagem do art. 193, CF/88, encerra uma discussão de incompatibilidade entre a realização dos fins sociais do Estado Social de Direito brasileiro com a livre iniciativa do art. 170²⁵ da mesma Carta Constitucional, uma vez que realizar os objetivos da Ordem Social em nenhum momento reduz a possibilidade de atuação do livre mercado, mas apenas apresenta balizas que a atuação de um não pode negar a validade e atuação do outro objetivo constitucional.

Ainda que este ponto da compatibilidade da livre iniciativa com a ordem social não seja objeto principal da pesquisa, por dever de fidelidade ao estado da arte, tais objetivos merecem ser lidos de forma complementar, visto que não se pode ter um sem um outro. Nesta percepção, Clark, Correa e Nascimento (2020) informam que a CF/88 não adotou somente um tipo de capitalismo em sua forma de produção, mas determina que haja modelos previstos constitucionalmente que indiquem o poder/dever estatal de atuar na vida social, econômica e ambiental.

²⁵ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:(...) ((BRASIL, 1988).

Prosseguindo, dizem os autores (CLARK; CORREA; NASCIMENTO, 2020) que os fundamentos da ordem econômica constitucional, a valorização do trabalho e a livre iniciativa almejam assegurar aos seres humanos residentes no país uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. O que há nas normas constitucionais indica um permissivo de uma pluralidade de meios de produção a serem implementados, incentivados e mantidos, convivendo harmonicamente, a fim de se alcançar os desejos e valores da CF/88, dentre eles o do bem-estar social e do desenvolvimento.

Estando fixados os conceitos de justiça e bem-estar sociais no sistema de seguridade social da CF/88, é possível concluir que, para a efetivação de tais objetivos, há a necessidade da participação do Estado e da sociedade, cada um desempenhando o papel na medida de suas capacidades, em que o ente político com seu poder interventivo é capaz de limitar e impor atividades econômicas e ações sociais coletivas para reduzir as desigualdades, promover a inclusão dos cidadãos e, acima de tudo, assegurar a igualdade nas suas duas dimensões, formal e material.

Já na atuação do indivíduo em sociedade, este deve ter a consciência que sua atividade, ainda que eminentemente privada, deve ter o olhar também coletivo, pois somente se alcança um efetivo desenvolvimento econômico quando a atividade do mercado o faz objetivando comportar os anseios do lucro sem deixar de lado a busca por justiça e bem-estar sociais, entendido estes como objetivos fundamentais do Estado brasileiro.

Entender o alcance e o significado da justiça e do bem-estar sociais como objetivos da seguridade social e não menos da Previdência Social indica que esses servem como guardiões de limites e instituto de imposições para os entes políticos e para a sociedade. A justiça e o bem-estar sociais não permitem que atuações legislativas surjam com a possibilidade de minar o que já fora conquistado, porém, requerem que se alcance mais conquistas para atualizar o conceito dos institutos que são transitivos, haja vista serem históricos por representarem os anseios e a necessidade da sociedade em cada momento evolutivo.

A rigor, justiça e bem-estar sociais são os faróis de todos os pilares da seguridade social, em que, na seara da Previdência Social, servem de elementos legitimadores para acolherem no sistema até mesmo prestações previdenciárias que ainda sequer tiveram a atualização legislativa para serem providas pelo INSS. Observar a justiça e o bem-estar sociais implica dizer que o sistema normativo está em constante legitimação da ordem constitucional posta, vez que a sensibilidade dos institutos para acolher os anseios de justiça da sociedade permite e mesmo determina que o projeto de Estado Social de Direito brasileiro seja alcançado sempre que as condições histórico-evolutivas assim requirem.

3 A FAMÍLIA NA CF/88 NA ERA DA PÓS-MODERNIDADE

A abordagem deste capítulo torna-se necessária na pesquisa, porque a natureza jurídica do salário-maternidade enquanto prestação previdenciária tem acompanhado as mudanças sociais a ponto de alargar seu escopo protetivo e justificar, na maioria das vezes, sua concessão em razão da família. E sobre a família, há muito tem-se observado que é uma instituição que reivindica a atualização de seu tratamento jurídico com um olhar histórico, não mais permitindo ser enxergada com base na ideia tão somente de família patriarcal fundada no casamento, como sinalizava o Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916)²⁶.

Certo é que os tempos são outros e modificáveis em uma velocidade que o legislador não tem a capacidade de acompanhar. Consequentemente, entender ou conceituar a instituição família apresenta-se como uma tarefa hercúlea de qualquer cientista do direito ou jurista e não menos para os objetivos deste estudo.

Na busca de entender o fenômeno social com reflexos jurídicos que é a família hodierna, temos que procurar entender o estágio evolutivo das relações sociais, que têm passado por uma convulsão de modificações nos valores, nos costumes, nas regras sociais, nos hábitos, etc. As alterações no tecido social têm por essência seu estudo afeito à Sociologia, contudo, as consequências jurídicas não podem ser negligenciadas pelo Direito, pois nos ensinamentos de Nader (2021) as relações sociais e o Direito se pressupõem, não tendo este último vida própria, pois seu foco de atuação é a sociedade.

Continua Nader (2021) informando que a relação entre os fatos sociais serve como fonte do Direito, ou seja, a trama social determina o Direito de cada momento histórico e de determinada sociedade, entretanto, não há uma relação direta entre tais acontecimentos, vez que nem tudo que a sociedade produz pode receber o aval do Direito, mas às vezes ao contrário, o Direito vem a ser o instrumento de correção dos caminhos da sociedade que ousem a destoar da natureza social do homem.

Como o presente trabalho tem o olhar essencialmente jurídico, sem descuidar da interdisciplinaridade que o conhecimento exige, a busca de entender o momento em que se instala o problema que despertou a presente pesquisa torna-se de suma importância. Assim, antes de trazer à luz da pesquisa o que é a família na pós-modernidade e o que a previdência social deve ofertar de proteção social nestas circunstâncias, cumpre inicialmente procurar

²⁶ Art. 229. Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos (arts. 352 a 354) (BRASIL, 1916, art. 229).

entender o que vem a ser este termo pós-modernidade muito amplamente utilizado na atualidade.

3.1 A pós-modernidade

O tempo ora vivenciado tem a peculiaridade da era da informação fomentando a oferta do conhecimento nunca visto antes em termos de quantidade e velocidade. Dada a avalanche de canais de acesso a tal conhecimento, contudo, o controle de qualidade e validade do que é disponibilizado fica a desejar.

Nessa era do conhecimento veloz, as redes sociais tem permitido o surgimento do que passamos a chamar neste trabalho de protagonistas da efemeridade, que, diante da facilidade de acesso e propagação de informações, especialmente nas redes sociais, ao terem milhares de seguidores, lançam informações sem lastro científico, para não dizer inverdades, e tais posicionamentos momentaneamente assumem os *top trends* do *Twitter* e ficam no centro do universo como os valores do momento e o que se tem de mais correto e coerente a ser seguido e defendido. Entretanto, a permanência do defendido não ultrapassa às vezes a eternidade de um dia, causando um ceticismo generalizado até mesmo da existência humana, quanto mais dos valores e costumes que devem ser observados.

Com essa volatilidade de valores, culturas, hábitos etc., apresenta-se a pós-modernidade que é o tempo vivido nas últimas décadas. Tal termo é amplamente criticado, não obstante, na mesma proporção da censura, é utilizado pelas diversas áreas do conhecimento, seja pelos mais altos professores catedráticos, seja pelos protagonistas da efemeridade.

O estágio atual da sociedade ocidental reflete um momento histórico que está gravado pela ausência de perenidade das relações e dos institutos, já que a era cibernética ou da tecnologia da informação tem determinado as relações sociais e não menos as instituições e nações que deixaram de ser simples centros de soberania e poder para serem vistas no cenário global com papéis diversos, ora como influenciadores, ora como influenciados, em ambos os casos sem observar os limites geográficos. À vista disso, há um movimento geopolítico de alcance antes inimaginável.

A ebulição generalizada de todos os setores da sociedade tem maior expressão no mundo dito ocidental, todavia, devido à capacidade de disseminação da informação, as bandeiras agora levantadas já estão infiltrando-se noutras partes do mundo e esse estilo de vida passa a ser o modelo ansiado por sociedades outrora conservadoras e herméticas.

O modelo ocidental visto com os valores vanguardistas, os movimentos feministas, a proteção ao meio ambiente, a realização das liberdades e a busca da felicidade com respeito às minorias, torna-se um estilo de sociedade em que há volatilidade nas abordagens sem perder o âmago de toda e qualquer realização ou bandeira centrada no homem como o seu fim, diga-se o homem em sociedade daquele com a mais tenra idade, os embriões, até aqueles de idade avançadas.

Ao tratar da pós-modernidade Bittar (2008) registra que esse momento histórico é percebido no rompimento dos paradigmas da modernidade. Também, diz o autor que desse movimento não pode ser precisado o início e nem mesmo para onde ele guiará a sociedade atual, já que o que se tem da modernidade são mais falácias e mitos a propriamente experiências empíricas que comprovem qualquer qualidade, ou seja, pouco se sabe sobre o que é a pós-modernidade.

Para Bittar (2008), a pós-modernidade, embora venha como substituta da modernidade, não tem o condão de encerrar este último estágio social, mas sim carrega em si uma miscelânea com as antigas e novas propostas:

A pós-modernidade, na acepção que se entende cabível, é o estado reflexivo da sociedade ante suas próprias mazelas, capaz de gerar um revisionismo de seu *modus actuandi*, especialmente considerada a condição de superação do modelo moderno de organização da vida e da sociedade. Nem só de superação se entende viver a pós-modernidade, pois o revisionismo crítico implica praticar a escavação dos erros do passado para a preparação de novas condições de vida. (BITTAR, 2008, p. 137)

Assim sendo, Bittar (2014) enxerga que a chegada à pós-modernidade aponta para certo amadurecimento dos indivíduos que procuram superar os fracassos da modernidade. Para o autor, o surgimento da pós-modernidade não foi algo deliberadamente imaginado, desenhado, bem como não foi encabeçado por uma liderança coerente e unitária de valores. O que se observa é uma força em movimento, que insatisfeita com as promessas criadas na modernidade almejam um melhor horizonte.

Ainda em Bittar (2014), há o registro que a pós-modernidade é o novo que desperta sentimentos de insegurança e excitação, esperança e alegria, mas na realidade não consegue demonstrar efetivamente a que veio e muito menos para onde guiará a sociedade:

A capacidade para gerar atração ou alergia, a capacidade para causar deslumbre ou medo, a capacidade para originar excitação ou insegurança é um atributo específico do novo. A experiência nova, por não vivida e incalculada, traz o germen da intranquilidade pela consequência. Restam, então, as perguntas: onde tudo isto vai nos levar? O que isto haverá de causar? O que é bom e o que é mau no meio de todas estas mudanças? Onde está o porto seguro? Por que as coisas devem mudar se estavam boas

no modo como se conduziam? Projetada sobre a ideia de pós-modernidade está toda uma carga de ansiedade inerente ao processo de vivência do novo (de um novo contraditório, onde valores novos se apresentam como contravalores, que sobrevivem em ondas de contestação ao lado de valores velhos), que descortina dimensões tentadoras e saborosas para os que possuem paladar pelo desconhecido, mas que causam, com a mesma intensidade, o desgosto daqueles que têm paladar pelo trivial. (BITTAR, 2014, p. 93)

Para Santos (2008), o termo pós-moderno não tem tanta acolhida e para isso justifica sua visão em dois pontos: a uma, porque induzindo uma sequência temporal assim não pode ser vista, visto que não sucede a modernidade numa linha cronológica; e a duas, porque, ao apresentar um paradigma da negatividade do momento passado, em nada poderia sinalizar o futuro.

Com efeito, essa última crítica levantada por Santos (2008) mostra-se bastante pertinente, posto que, ao se buscar entender a pós-modernidade nos mais diversos ramos da sociedade, diga-se, não só nas ciências, o que se tem é uma avalanche de novos conceitos muitos voláteis, ao passo que somente o olhar contrário à modernidade, isto é, aquele que aponta o declínio deste momento histórico é que se torna imutável. A pós-modernidade, encabeça um movimento no qual tudo começa a ser possível, desde que não possa flertar com as propostas da modernidade, pois este lapso temporal, este modelo cultural já se mostrou indubitavelmente fracassado.

Por falar em destruição da modernidade, Santos (2008), mesmo sendo contrário ao termo pós-moderno, assevera que a transição iniciada por este último movimento tem como elementos as ruínas da modernidade, contudo, essa reconstrução aliada à imaginação não terá como produto uma espécie restauração, mas sim novos paradigmas que serão alcançados, mesmo que os componentes sejam os do passado.

Para Harvey (2004), a pós-modernidade acomoda-se num constante processo de mudança de estado a ponto de sinalizar uma caoticidade peculiar, isto é, viver a pós-modernidade consiste em estar permanentemente caminhando na estrada dos contraditórios, na efemeridade, num cenário de incertezas.

Dessa maneira, com a amostragem dos teóricos que reconhecem a existência da pós-modernidade, o que se conclui é que vivemos num estágio evolutivo social que se caracteriza pela instabilidade dos conceitos a ponto de sempre estarmos relativizando o que se tem a frente dos olhos. Viver a pós-modernidade consiste em praticar o exercício de um aprendizado constante, não podendo deixar-se estabilizar nos conceitos ou pré-conceitos, e nesse aspecto a família da era pós-moderna muito se distancia do cenário chefiado pelo patriarcado responsável

pela providência das necessidades do lar, ao passo que a mulher tem o seu papel reduzido aos cuidados da prole e da casa.

Assim sendo, buscar compreender a pós-modernidade tem pertinência com este trabalho porque o problema que despertou a angústia científica decorre principalmente do descompasso entre a realidade social e o ordenamento jurídico, qual sejam, os novos modelos familiares não encontram no sistema previdenciário a cobertura protetiva com a concessão do salário-maternidade por conta da ausência de lei em sentido estrito.

3.2 A família na Constituição de 1988

A CF/88, ao tratar sobre o conceito de família no seu art. 226²⁷, inaugura no ordenamento jurídico a desconstituição do instituto do casamento como o único meio de surgimento legítimo da família, isto é, com a chegada da Carta Magna, outras formas de conjuntura familiar passaram a ter o reconhecimento jurídico. O constituinte originário assegurou uma multiplicidade de formas familiares e assim o fez porque os valores sociais, culturais e morais já exigiam o fim do monopólio constitutivo da família por meio do casamento.

Para Lacerda (2010), o texto constitucional originário, ao versar sobre as famílias monoparentais, apenas veio a reconhecer situações fáticas, que permeavam há muito tempo a sociedade brasileira, que por não encontrarem até então previsão legal que as salvaguardasse, eram alijadas de qualquer reconhecimento. A Carta Magna rompeu com a visão tradicional de família patriarcal, com esteio no matrimônio, ao prevê a entidade familiar formada por um dos pais e seus descendentes. Desse modo, privilegia o afeto e a felicidade, ao mesmo tempo em que reconhece a superação da figura do homem provedor e da mulher cuidadora e procriadora,

²⁷ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio

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

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. (BRASIL, 1998, art. 226)

reconhecendo à essa a ocupação de cargos por ora alçados somente pelos homens (VENOSA, 2020).

Segundo os ensinamentos de Nakayama e Sousa (2019), ao abrir o conceito de família, mesmo que ainda privilegie aquela instituída pelo casamento, a CF/88 evidencia que tal instituição tem amparo no ordenamento jurídico brasileiro quando levado em consideração o vínculo mantido entre seus membros. Por conseguinte, a configuração arraigada de somente se enxergar aquela família formada por homem e mulher cede espaço para uma nova instituição social, na qual o alicerce é o afeto.

De acordo com Rizzardo (2019), o conceito de família, além do critério afetivo, deve observar que a CF/88 requer uma identidade de interesses materiais, morais, possivelmente num mesmo domicílio ou não, contudo sem exigir o modelo tradicional de casais, podendo ser caracterizada por pessoas do mesmo sexo ou entre um ascendente e seu descendente. Em complementação, registra o autor que a convivência tem que ser pública e duradoura. Ademais, ainda em Rizzardo (2019), o conceito de família extraído constitucionalmente, além de permitir várias configurações, deve ser lido de forma a não mais aceitar que, para sua existência, haja hierarquia entre os seus componentes. Com efeito, o modelo familiar inaugurado pela CF/88 apresenta inovação vanguardista e mostra-se coerente com os direitos e garantias individuais do ser humano.

Para Dias (2022), o tratamento da família previsto na CF/88 veio a fortalecer esta instituição social, reconfigurando as relações familiares para atendimento da dignidade humana, vez que prestigia o amor nas suas mais variadas manifestações.

Em Farias e Rosenvald (2022), a família, na CF/88, ganha um novo arranjo, que está assentado na realização da pessoa humana a ponto de se chegar a ser chamada família eudemonista, na qual, à procura pela felicidade pessoal e solidária de cada um dos seus membros, passa a ser a razão de existir da família.

Para Farias e Rosenvald (2022), ao fixar a realização humana como o fim, a família passa a desempenhar um papel social, que os autores nomeiam como a função social da família que visa propiciar um ambiente onde não há espaço para a individualidade e sim deve ser um espaço de acolhida e segurança para uma harmoniosa convivência entre os integrantes.

Pelo que se observa dos ensinamentos aduzidos acima nos referenciais teóricos, o conceito de família presente na CF/88 deve ter a leitura em *numerus apertus* e conseqüentemente todas as formas de convivência familiar que busquem realizar a dignidade humana haverão de ser reconhecidas como entidade familiar. Isto posto, com a CF/88, a família

ganhou os mais diversos contornos e, dado o momento social da chamada pós-modernidade, certamente novos arranjos familiares surgirão e encontraram acolhimento jurídico.

Nas fronteiras deste trabalho, não há espaço para uma maior abordagem das mais diversas formas de famílias possíveis na leitura da CF/88. Logo, como medida eficiente, importa aqui, após trazer os conceitos e a função social das famílias, o enfrentamento com maior detalhamento da forma familiar monoparental e mais especificamente aquela no modelo masculino.

3.3 Família monoparental

Entre as décadas de 1960 e 1970, com o desenrolar do movimento feminista francês, os centros acadêmicos foram o campo fértil para que as sociólogas francesas, como Adrée Michel e Nadine Lefaucheur, passassem a debater sobre o conceito de família monoparental, que tem sua origem terminológica na expressão anglo-saxônica *One-Parent Family*. Com uma nova perspectiva, as sociólogas iniciaram a defesa para o reconhecimento de novas formatações familiares não acolhidas sob o olhar moral, isto é, modelos familiares distintos daquele considerado tradicional (EYDOUX; LETABLIER; GEORGES, 2007), uma vez que:

As famílias monoparentais também poderiam ser apresentadas como uma forma “moderna” de família, questionando a divisão tradicional de papéis masculinos e femininos, e se tornar um símbolo de emancipação ou mesmo de “libertação das mulheres”, o símbolo da coragem das mulheres em oposição à covardia dos homens (Lefaucheur, 1986). Sendo reivindicada a maternidade livre, escolhida e assumida, opondo-se a algumas outras correntes feministas que veem na maternidade uma fonte de alienação para as mulheres. (EYDOUX; LETABLIER; GEORGES, 2007, p. 10) (Tradução livre)²⁸

No entanto, embora nesse primeiro momento, a inspiração terminológica sobre o tema tenha sido de origem inglesa, nos anos 1980, na França, houve um desenvolvimento dessas pesquisas sobre monoparentalidade dos anos 1970, e o debate sobre as famílias monoparentais saíram da esfera acadêmica e ganharam espaço nos discursos parlamentares com a defesa das novas instituições familiares.

²⁸ Les familles monoparentales pouvaient aussi être présentées comme une forme « moderne » de famille, remettant en cause la division traditionnelle des rôles masculins et féminins, et devenir un symbole d'émancipation, voire de « libération des femmes », le symbole du courage des femmes opposé à la lâcheté des hommes (Lefaucheur, 1986). La maternité libre, choisie et assumée étant revendiquée, s'opposant à certains autres courants féministes voyant dans la maternité une source d'aliénation pour les femmes.

É possível notar que na caminhada para fazer valer o reconhecimento das famílias monoparentais, o que mais despertou o interesse para esse modelo alternativo de família foi a possibilidade de promover uma independência entre o homem e a mulher, principalmente quanto aos deveres de cada frente a cultura moral da época. Entretanto, mesmo tendo o objetivo de promover certa independência feminina, verificou-se que o desfazimento do modelo vigente de família não só poderia ter reflexos nas mulheres. A desconstrução da família tradicional em virtude do aumento do divórcio, sem contar com outras situações que implicavam na situação de monoparentalidade, a exemplo da viuvez e da maternidade na adolescência sem o companheiro ou marido, também fazia surgir uma família encabeçada pelo homem.

O movimento dos setores da sociedade, saindo da academia até chegar ao parlamento, transmudou a luta a ponto de não encapar um projeto exclusivamente feminista. Assim, a família monoparental passou a ter duas definições – uma delas estatística com implicações para a assistência social francesa, e outra de ordem política –, ainda que a primeira fosse criticada por não dar conta da diversidade das famílias monoparentais (EYDOUX; LETABLIER; GEORGES, 2007).

De fato, à época da alavancagem do movimento para o reconhecimento das famílias monoparentais, a maioria das famílias desse formato eram lideradas geralmente por mulheres – solteiras, divorciadas e viúvas. Com efeito, considerando que o surgimento da família monoparental advém do desfazimento voluntário ou involuntário da relação conjugal, percebe-se que, embora houvesse mais monoparentalidade feminina, tal desenho familiar não se restringia apenas a essas situações, já que surgiram cenários em que o homem se encontrava no centro dessas famílias monoparentais (EYDOUX; LETABLIER; GEORGES, 2007).

Assim, com um desenvolvimento social ainda maior, a bandeira levantada por esse movimento apresentou um discurso de alargamento do conceito de família, não mais reconhecendo apenas as famílias ditas tradicionais oriundas do casamento ou união de pessoas de sexos diversos. Esses debates também passaram a reivindicar o reconhecimento do direito dos homens como chefes de famílias monoparentais, uma vez se encontravam na situação de cuidado unilateral dos seus descendentes como os pais divorciados e viúvos que cuidam sozinhos de seus filhos e os pais gays (EYDOUX; LETABLIER; GEORGES, 2007). Ratificando o movimento social crescente na aceitação do conceito de monoparentalidade, masculina ou feminina, Hernández (2013) registra que diversos setores da sociedade organizada acolheram o termo desde as comunidades científicas até os meios de comunicação, deixando de ter um tratamento pejorativo.

A monoparentalidade familiar como apresentada nas discussões seminais da comunidade francesa sempre evidencia que a caracterização de tal condição requer a existência de um ascendente e de um descendente convivendo no mesmo lar. Com efeito, nota-se que o surgimento do modelo parental decorre em regra da desconstrução daquela família oriunda do casamento, encerrado de forma involuntária, viuvez, ou voluntária, nos casos de divórcio e também já naquela época, das chamadas mães solteiras.

Nas lições de Dias (2022), o surgimento das famílias monoparentais tem ligação com a desnaturação dos casais a partir da diminuição do poder patriarcal, além da inclusão da mulher no mercado de trabalho. Com a conjugação desses dois pontos, a doutrinadora revela que houve uma libertação feminina para com os homens, isto é, as mulheres puderam ter a iniciativa de por fim aos relacionamentos já faticamente deteriorados, sem que isso fosse causa de estigma social.

Sucedo que essa leitura (DIAS, 2022), não foi o que aconteceu no início da caracterização das famílias monoparentais, em especial as femininas, que na companhia de sua prole, podendo demonstrar certa independência para com o homem, cônjuge ou companheiro, à época da ruptura cultural e moral em face da família tradicional, restou constatado um crescente efeito colateral dos novos arranjos familiares chefiados por mulheres.

Diz Hernández (2013), que o reconhecimento das famílias monoparentais femininas trouxe à tona um problema que exige a intervenção estatal mediante ajudas financeiras, pois, em tais caracterizações monoparentais, o risco de pobreza passou a ser significativo a ponto de as famílias carecerem de ajudas estatais, sob pena de outrora serem excluídas pela moral social, restassem alijadas pela ausência de condições financeiras de vida digna.

Na mesma abordagem citada, Hernández (2013) deixa claro que o efeito colateral atingiu sobremaneira as mulheres, porque no início o acesso ao mercado de trabalho era mais escasso para esse gênero, e estando as progenitoras com as guardas dos filhos, *per se* dificultava a ocupação nos postos de trabalho. Segundo a autora, até mesmo em países desenvolvidos, o formato de famílias monoparentais femininas era atingido com a ameaça de exclusão social, a partir de sua inclusão abaixo da linha da pobreza.

Para Lacerda (2010), tratando sobre a vulnerabilidade das formações monoparentais femininas, como comumente decorrem da desconstrução de casais e, em sua grande maioria, a responsabilidade pelos filhos recai sobre as mulheres, que discriminada pelo seu gênero, obrigam-se muitas vezes a tornar a constituição monoparental feminina transitória, já que em uma sociedade que ainda privilegia o trabalho masculino, desde os postos de trabalho e consequente remuneração, a mulher encontra-se compelida a constituir nova família.

Com efeito, nota-se que o reconhecimento das famílias monoparentais sinaliza para uma prevalente caracterização nos modelos femininos, porém, nos contornos deste ensaio, é relevante conhecer o movimento que deu causa aos reconhecimentos jurídicos de tal fenômeno social. Entretanto, não podemos nos descuidar dos ensinamentos de Leite (2003), que assevera ser a família monoparental caracterizada quando um homem ou uma mulher estiver convivendo com um ou mais filhos.

Dessa forma, fixado o conceito de família monoparental e ainda suas possibilidades de existência, o que vem a ter relevância para este trabalho é o estudo das consequências previdenciárias quando restar presente a família monoparental masculina voluntária, decorrente da paternidade em gestação por substituição.

3.3.1 Família monoparental de pai solteiro a partir da maternidade sub-rogada

Ao se falar em maternidade por substituição, barriga de aluguel, maternidade sub-rogada, mãe substituta etc., todos os termos serão sinônimos neste trabalho. Sobre o tema é possível buscar, em tempos remotos, que esse acontecimento não é natural da pós-modernidade, vez que já na Bíblia é possível visualizar a mulher valendo-se de tal expediente para tornar-se mãe²⁹.

Como se observa, a utilização da maternidade por substituição, nos tempos de antanho, era comum para a realização dos desejos femininos, pois, encontrando-se impossibilitada de gestar, a mulher estéril recorria a outra mulher, permitindo que o ato sexual fosse perpetrado pelo seu esposo/companheiro e, ao final do período gestacional, lhe fosse entregue o rebento e, àquela que havia gestado, não possuía a filiação nem a posse do estado de filho do nascituro.

Já nos tempos atuais, a maternidade sub-rogada, não mais é utilizada como um projeto único de satisfação feminino na busca da maternidade, outrora impossível pelos métodos tradicionais a partir do sexo entre os casais e/ou companheiros. O avanço biotecnológico tem permitido uma variedade de formas de procriação humana, que estão disponíveis a qualquer indivíduo que tenha o desejo de alçar à condição de pai, mãe ou as duas condições ao mesmo tempo.

²⁹ “E disse Sarai a Abrão: Eis que o Senhor me tem impedido de dar à luz; toma, pois, a minha serva; porventura terei filhos dela. E ouviu Abrão a voz de Sarai” (Gênesis 16, 2).

Vendo Raquel que não dava filhos a Jacó, teve inveja de sua irmã, e disse a Jacó: Dá-me filhos, se não morro. Então se acendeu a ira de Jacó contra Raquel, e disse: Estou eu no lugar de Deus, que te impediu o fruto de teu ventre? E ela disse: Eis aqui minha serva Bila; coabita com ela, para que dê à luz sobre meus joelhos, e eu assim receba filhos por ela. (Gênesis 30, 1-3)

Nos limites traçados neste estudo, a maternidade por substituição será levada a efeito na situação incomum (HERNÁNDEZ, 2016), na qual a pretensão de ter um filho(a) parte do homem hétero que dispensa o ato sexual e cede à vontade de ser pai como meio de realização deste mister.³⁰

No formato de família monoparental masculino aqui estudado, verifica-se que o seu surgimento não decorre do desfazimento de uma relação entre casais dos mais variados tipos e constituições jurídicas. Do modo apresentado, há uma família monoparental que podemos denominar de originária.

Nos ensinamentos de Hernández (2016), o que se reconhece aqui como forma de constituição originária da família monoparental masculina advém de um movimento social e cultural, no qual o papel do homem enquanto pai é proveniente de um aumento da intimidade para com os filhos a ponto de demonstrar um novo cenário familiar, do qual esses pais reclamam um tratamento e o mesmo exercício do direito à igualdade, tão atribuído às mulheres nos contornos de cuidado para com a prole. Considerar a monoparentalidade masculina é uma forma de debelar discriminações e reafirmar a capacidade do exercício dos direitos e dos deveres atinentes ao cuidado com os filhos pelo homem³¹.

Sucedem que mesmo sendo uma realidade que já se concretiza no mundo jurídico, a monoparentalidade masculina originária em maternidade por substituição, no Brasil, não possui uma regulamentação legal, ficando a cargo do Conselho Federal de Medicina – CFM, o regramento da matéria.

Atualmente a Resolução CFM nº 2.320/2022, de 20 de setembro de 2022, é que fixa as balizas e as circunstâncias nas quais se podem ter a barriga de aluguel. Diz o item VII³² da

³⁰ Enunciado CJF 104 - No âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) da vontade no curso do casamento.

³¹ Em relação ao exercício dos deveres de cuidado do filho, os pais que se envolvem diretamente em tais atividades têm alterações fisiológicas com o aumento da produção do chamado hormônio do amor, a ocitocina. A relação direta do pai com a prole desperta o fortalecimento da união entre os dois (JERICÓ, 2017).

³² VII –SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (CESSÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

As clínicas, centros ou serviços de reprodução podem usar técnicas de reprodução assistida para criar a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista uma condição que impeça ou contraindique a gestação.

1. A cedente temporária do útero deve:

a) ter ao menos um filho vivo;
 b) pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau: pais e filhos; segundo grau: avós e irmãos; terceiro grau: tios e sobrinhos; quarto grau: primos);
 c) na impossibilidade de atender o item b, deverá ser solicitada autorização do Conselho Regional de Medicina (CRM).

norma administrativa que, em regra, a viabilidade deste formato de reprodução medicamente assistida não poderá ser intermediada com fins lucrativos, e a mulher que cederá o útero para a gestação em regra deverá ser parente até o quarto grau do pai. Na situação na qual não seja possível a cessão do útero de familiar, o CFM poderá deliberar sobre a viabilidade da gestação em mulher alheia à indicação normativa.

Destarte, respeitando os limites da resolução do CFM e não sendo possível a realização da maternidade por substituição, o projeto familiar monoparental masculino não resta inviabilizado, vez que há locais Brasil a fora que mediante pecúnia o sonho de constituir uma família com o nascimento de um filho será plenamente viável.

Em Titoli e Furlan (2021), os autores constatam que a legislação internacional não possui um consenso quanto à matéria da gestação por substituição e, com isso, no estudo realizado, promovem uma amostragem e classificação dos países segundo os critérios de permissão ou proibição desse mecanismo de reprodução humana: os que vedam peremptoriamente (Itália – Lei nº 40/2004 –; Alemanha – Lei nº 745/1990; Suíça – Constituição Federal de 1999; Espanha – Lei nº 14/2006; França – Código Civil francês com redação da Lei nº 94-653/1994); os que autorizam de forma moderada (Canadá e Brasil – Res, CFM nº 2.320/2022); e ainda os que a prática é comumente utilizada, seja de forma onerosa ou gratuita (Estados Unidos da América e Índia, que é considerado mundialmente o destino mais procurado para realização deste projeto familiar).

Com o cenário jurídico apresentado, que permite a consecução do projeto monoparental masculino por maternidade de substituição, ainda que em país além do Brasil, para efeito desta pesquisa, importa conhecer qual a forma de filiação da prole gerada nesse tipo de fecundação e nesse caminho ainda nos resta esclarecer dois conceitos utilizados quando se realiza a reprodução medicamente assistida.

2. A cessão temporária do útero não pode ter caráter lucrativo ou comercial e a clínica de reprodução não pode intermediar a escolha da cedente.

3. Nas clínicas de reprodução assistida, os seguintes documentos e observações devem constar no prontuário da paciente:

- a) termo de consentimento livre e esclarecido assinado pelos pacientes e pela cedente temporária do útero, contemplando aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação;
- b) relatório médico atestando a adequação da saúde física e mental de todos os envolvidos;
- c) termo de Compromisso entre o(s) paciente(s) e a cedente temporária do útero que receberá o embrião em seu útero, estabelecendo claramente a questão da filiação da criança;
- d) compromisso, por parte do(s) paciente(s) contratante(s) de serviços de reprodução assistida, públicos ou privados, com tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mulher que ceder temporariamente o útero, até o puerpério;

Consoante Dias (2022), a fecundação artificial, concepção artificial e inseminação artificial são expressões sinônimas do mecanismo de reprodução medicamente assistida e, corroborando esta abordagem, está o Enunciado 105 da Justiça Federal³³.

Para Rizzardo (2019), a fecundação artificial quando levada a efeito pode ser classificada como homóloga, que é aquela na qual os gametas utilizados, masculinos e femininos, pertencem a um casal. Já a outra modalidade é conhecida como heteróloga, quando um dos gametas advém de pessoa estranha ao relacionamento e de forma anônima.

Sempre atento aos limites do trabalho, sem espaço neste momento para maiores digressões, esclarecidas as formas de reprodução medicamente assistida, a modalidade heteróloga é a que está sendo objeto de investigação, ou melhor, a caracterização da filiação neste formato e suas consequências para o direito previdenciário brasileiro, mormente sobre a possibilidade de concessão do salário-maternidade nos casos da família monoparental masculina em maternidade sub-rogada.

Quanto à filiação decorrente da técnica heteróloga, os Enunciados 111 e 570, da Justiça Federal³⁴⁻³⁵, reconhece que não há filiação com o doador anônimo, mas apenas com as partes que consentiram com o projeto. Neste ponto, a abordagem jurídico-doutrinária do tema filiação pela Justiça Federal merece temperamento, pois a literalidade dos enunciados não prevê a situação de monoparentalidade masculina, mas determina-se a filiação quando há um projeto de geração da prole entre casais.

No mesmo sentido de reconhecimento da filiação paterna em caso de reprodução medicamente assistida, o Código Civil, em seu art. 1.597, V³⁶, somente versa sobre o tema para as situações de relações conjugais, ou seja, não está atento aos acontecimentos sociais e tecnológicos, que já sinalizam a existência da filiação e formação da família monoparental masculina em maternidade de barriga de aluguel.

³³ Enunciado CJF 105 - As expressões "fecundação artificial", "concepção artificial" e "inseminação artificial" constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597 deverão ser interpretadas como "técnica de reprodução assistida".

³⁴ Enunciado CJF 111 - A adoção e a reprodução assistida heteróloga atribuem a condição de filho ao adotado e à criança resultante de técnica conceptiva heteróloga; porém, enquanto na adoção haverá o desligamento dos vínculos entre o adotado e seus parentes consangüíneos, na reprodução assistida heteróloga sequer será estabelecido o vínculo de parentesco entre a criança e o doador do material fecundante.

³⁵ Enunciado 570 - O reconhecimento de filho havido em união estável fruto de técnica de reprodução assistida heteróloga "a patre" consentida expressamente pelo companheiro representa a formalização do vínculo jurídico de paternidade-filiação, cuja constituição se deu no momento do início da gravidez da companheira.

³⁶ Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

(...)

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. (BRASIL, 2002)

O que se percebe, na doutrina e na legislação, foi o que despertou a inquietação de enfrentar esta pesquisa. A desatualização legal e, na grande maioria, doutrinária tem deixado situações fáticas merecedoras de tratamento jurídico em um certo limbo que não pode perdurar, haja vista como se nota neste trabalho já há no ordenamento jurídico mecanismos que asseguram a prevalência da filiação biológica na reprodução medicamente assistida heteróloga, quando o gameta feminino é que tem o doador anônimo.

Para Farias e Rosenvald (2022), a gestação, em útero alheio, desnatura o sedimentado ensinamento de que a maternidade é sempre certa (*mater semper cest est*), caracterizada pelo momento do parto. Inclusive na relativização levantada pelos autores, o Enunciado 129 da Justiça Federal³⁷ sinaliza que a filiação deve ser assegurada a quem doou o material genético. Logo, no caso da família monoparental masculina em técnica de reprodução assistida heteróloga, na qual somente se tem conhecido o doador masculino, a única forma de acomodar a filiação, levando em conta o projeto de constituição da descendência, é aquela em que o homem será o pai e noutra giro é que pelo vínculo biológico é que se poderá afirmar que, em situações dessa natureza, é a paternidade é sempre certa (*pater is est*).

Assim, ao final deste capítulo três, chega-se à conclusão parcial, registrando que a interdisciplinaridade do Direito obriga ao pesquisador ou operador do Direito a necessária atenção de visualizar o ordenamento jurídico como um sistema, não podendo em hipótese alguma fazer uma leitura que condena (GRAU, 2021), que é o olhar das normas em tiras.

Outrossim, cumpre ao cientista do Direito a sensibilidade de mitigar a ideia de que, no ordenamento jurídico dogmático, há um arcabouço de textos sempre prontos a subsidiar o Estado-Juiz nas situações que lhe são postas³⁸. Deveras, o sistema tem sim a capacidade de responder juridicamente, entretanto, o olhar sistêmico e sempre vigilante para o direito que vem dos acontecimentos sociais é que deve orientar a tomada de decisões.

Neste capítulo, as discussões apresentadas são pertinentes para a pesquisa, porque demonstram que as relações sociais atravessam um momento de desfiguração de padrões arraigados em sociedades herméticas e nem por isso que não mereçam a proteção do Direito. Ao contrário, esses novos acontecimentos exigem do Direito um tratamento para que transmitam a segurança jurídica que todas as relações sociais esperam para a estabilidade social.

³⁷ Enunciado 129 - Art. 1.597-A . “A maternidade será presumida pela gestação. Parágrafo único: Nos casos de utilização das técnicas de reprodução assistida, a maternidade será estabelecida em favor daquela que forneceu o material genético, ou que, tendo planejado a gestação, valeu-se da técnica de reprodução assistida heteróloga”.

³⁸ No sentido de reconhecer a incompletude do ordenamento jurídico positivado temos os ensinamentos de Bobbio (1999).

Como restou demonstrado, o conceito de família foi consideravelmente alterado para comportar os mais diversos tipos de família, que mesmo possuindo relação direta com o Direito Civil, tem consequências no ramo previdenciário, em especial na concessão do salário-maternidade, que, conforme se pode ver adiante, teve seu escopo protetivo modificado e agora busca assegurar a proteção familiar sempre com o melhor interesse da criança.

Nesse sentido, restando caracterizada a viabilidade jurídica da existência da família monoparental masculina a partir da maternidade de barriga de aluguel, cabe uma vez instituída a atuação estatal quanto ao fornecimento do salário-maternidade para o homem, mesmo quando não prevista lei em sentido estrito, conforme razões adiante consignadas.

4 A PROTEÇÃO DA MATERNIDADE NA PREVIDÊNCIA SOCIAL BRASILEIRA

Ao se falar em proteção da maternidade, o sistema jurídico brasileiro possui diversos dispositivos que desempenham esse mister, principalmente na CF/88, ora vinculando diretamente ao Direito do Trabalho³⁹, ora como expressão da Seguridade Social⁴⁰, na Previdência Social e na Assistência Social⁴¹. Neste trabalho, a proteção da maternidade atém-se ao papel desempenhado na órbita da Previdência Social.

Quando a proteção previdenciária é convocada para fazer-se presente, em razão de sua condição de seguro, um conceito não pode deixar de ser conhecido, o chamado risco social. O âmbito de cobertura previdenciária é limitado, seja porque alcança um número restrito de indivíduos, segurados, seja porque assegura uma limitada quantidade de prestações, pois a finalidade do sistema securitário é suprir as necessidades do segurado quando não mais possa desempenhar suas atividades que lhe garantam um mínimo a manter-se com dignidade.

4.1 O risco social no salário-maternidade

Segundo Assis (1963), o risco social é um perigo potencial, futuro e incerto, que uma vez sendo materializado, desperta uma necessidade emergente que autorizará o indivíduo a socorrer-se do fundo comum da coletividade. Assim, é possível verificar a necessidade de um fato gerador para o acionamento da prestação, uma causa que justifique a cobertura e, dentre as eleitas para a atuação da Previdência Social, o mesmo autor enumera as seguintes: incapacidade; desemprego; morte; e contingências biossociais que acarretam acréscimos de encargos econômicos (casamento, nascimento de filhos e prole numerosa).

Para Horvath Júnior (2004) o risco social é uma necessidade que acomete o indivíduo quando lhe falta determinado bem já previamente delimitado como passível de cobertura na

³⁹ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988, art. 6º)

⁴⁰ Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a: (...) II - proteção à maternidade, especialmente à gestante; (BRASIL, 1988, art. 201) (...)

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; (BRASIL, 1988, art. 203)

⁴¹ A proteção dispensada à maternidade por mais de um ramo do Direito também é visível no sistema espanhol de proteção social, que ao tratar desse tema, vislumbra assegurar sob a ótica trabalhista, em especial, para que o estado gestacional/biológico não seja obstáculo ao mercado de trabalho e, na visão previdenciária, o surgimento de prestação pecuniária (OLEA, 1995). (Tradução livre)

sarea previdenciária, pois tal falta, transferindo-se para a coletividade, caracteriza-se como uma necessidade social, peculiar a cada comunidade. Este autor classifica os riscos em: patológicos, biológicos e econômico-sociais.

Aqui, o risco social que nos interessa está enquadrado entre os biossociais ou biológicos, mormente o relacionado ao surgimento da prole, afetiva ou biológica, já que, sob a ótica previdenciária, a proteção à maternidade reveste-se na concessão do salário maternidade, em que o risco social eleito para cobertura decorre de um evento futuro e incerto, mas não necessariamente indesejável.

Consoante Venturi (1994), o objeto de proteção na maternidade é o decorrente de risco desejável ou desejado, do qual a participação do sujeito para a caracterização é necessária. Registra também que a despeito de ocorrer alterações fisiológicas na segurada, o objeto de proteção não se confunde com a necessidade de cobertura por enfermidade. Sobre o risco, Durand (1991) diz ser, na maioria das vezes, um evento infeliz, porém, noutras vezes pode ser o contrário, a exemplo do nascimento do filho, do matrimônio, que se caracteriza por um evento feliz.

Já Horvath Júnior (2004), ao tratar da proteção à maternidade afirma existirem três modalidades: física, profissional e econômica. As duas primeiras modalidades têm ligação direta com os direitos trabalhistas, ao passo que, sob a ótica econômica, o viés é previdenciário e quer dizer o direito da segurada em ter acesso a uma prestação econômico-financeira paga pela Previdência Social em caso de parto, adoção e aborto não criminoso.

Nas palavras de Vianna (2022), o risco social no salário-maternidade é a adoção ou mesmo a maternidade, pois o surgimento de uma das situações fáticas desencadeará uma incapacidade laboral social por conta da necessidade de atenção necessária ao filho.

A proteção da maternidade no ordenamento brasileiro, mesmo sendo esclarecido o risco social protegido, por vezes desperta a atuação de mais de um ramo do Direito, assim sendo, chega a causar certa confusão conceitual entre institutos jurídicos claramente distintos e com escopos muito bem delimitados. Nesse compasso, para manter-nos no estudo da proteção à maternidade na sarea previdenciária é salutar esclarecer a diferença entre licença-maternidade e salário-maternidade.

4.2 A evolução histórico-legislativa do salário-maternidade

Antes de apresentar a distinção dos institutos jurídicos com o olhar atual, em apertada síntese histórica, o tratamento legislativo originário sobre o tema é um dos maiores responsáveis

por ainda existir a perturbação na apreensão das previsões jurídicas de proteção à maternidade com olhar trabalhista ou previdenciário.

Com a edição do Decreto nº 16.300/1923 (BRASIL, 1923), de maneira não cogente, a maternidade passou a ser tratada como um direito das mulheres quando sugeria que houvesse o afastamento das atividades laborais em um período de trinta dias antes e trinta dias após o parto, porém, voltado para ser garantido pelos empregadores de forma facultativa⁴², o que tornava a previsão inócua. Além do afastamento da atividade, outras recomendações voltadas para proteção da maternidade foram previstas nesta legislação, a exemplo de garantia da amamentação durante a jornada de trabalho.

Seguindo a evolução histórico-legislativa, o Decreto nº 21.417-A/1932 (BRASIL, 1932) mantém o afastamento da mulher em razão do parto, fixando o tempo em quatro semanas antes e quatro semanas depois do parto, com a garantia de nesse período ser remunerada com meio salário obtido na média dos últimos seis salários recebidos pela empregada. Também com o afastamento, a empregada tinha garantido o retorno ao trabalho e, em caso de aborto não criminoso, o afastamento poderia ocorrer em duas semanas com garantia da remuneração calculada nos mesmos moldes do afastamento decorrente do parto. A remuneração assegurada deveria ser paga pelas Caixas criadas pelo Instituto de Seguro Social ou, na falta dessas, pelo empregador⁴³. À vista do exposto, o tratamento legal não delimitava a natureza jurídica da proteção à maternidade, ora podendo ser trabalhista, ora podendo ser previdenciário.

Em nível constitucional, na Carta Magna de 1934 (BRASIL, 1934), houve o primeiro aceno para o surgimento da proteção à maternidade de natureza previdenciária, pois, nesse instrumento jurídico, além da garantia do emprego à gestante, restou consignado o direito ao gozo de afastamento antes e depois do parto sem prejuízo do salário, bem como se determinou

⁴² Art. 345. Nos estabelecimentos de industria e comercio, em que trabalham mulheres, ser-lhes-á facultado o repouso de trinta dias antes e trinta dias depois do parto. (BRASIL, 1923, art. 345)

⁴³ Art. 7º. Em todos os estabelecimentos industriais e comerciais públicos ou particulares, é proibido o trabalho à mulher grávida, durante um período de quatro semanas, antes do parto, e quatro semanas depois. (...)

Art. 9º. Enquanto afastada do trabalho por força do disposto no art. 7º e respectivos parágrafos, terá a mulher direito a um auxílio correspondente à metade dos seus salários, de acordo com a média dos seis últimos meses e, bem assim, a reverter ao lugar que ocupava.

Art. 10. Em caso de aborto, que deverá ser comprovado, beneficiará a mulher de um repouso de duas semanas e terá direito a receber durante esse tempo um auxílio na forma estabelecida no artigo anterior, bem como a reverter ao lugar que ocupava.

Parágrafo único. Verificado que o aborto foi criminosamente provocado, perderá a mulher o direito ao auxílio outorgado neste artigo.

(...)

Art. 14. O auxílio pecuniário de que tratam os arts. 7º, 9º e 10, será pago pelas Caixas criadas pelo Instituto de Seguro Social e, na falta destas, pelo empregador. (BRASIL, 1932)

a instituição da previdência em favor de alguns benefícios, dentre eles, o destinado à maternidade.⁴⁴

Nas constituições seguintes de 1937⁴⁵ (BRASIL, 1937), 1946⁴⁶ (BRASIL, 1946), 1967⁴⁷ (BRASIL, 1967) e na Emenda nº 1, 1969⁴⁸ (BRASIL, 1969), o constituinte não inovou na matéria de proteção à maternidade, mantendo o direito ao afastamento antes e depois do parto, sempre com a garantia de emprego e sem prejuízo do salário e, em alguns momentos, registrando o dever de criação de Previdência Social que venha a cobrir determinadas contingências sociais e, dentre elas, a maternidade.⁴⁹

Além do tratamento da proteção à maternidade em nível constitucional antes da Carta Política de 1988, o ordenamento jurídico brasileiro incorporou previsões normativas gravadas nas Convenções da Organização Internacional do Trabalho – OIT, nº 03 e 103 através dos Decretos 51.627/1962 (BRASIL, 1962) e 58.820/1966 (BRASIL, 1966), respectivamente, que na essência assegura o recebimento pecuniário pela empregada em caso de parto e que tal pagamento deve ficar exclusivamente a cargo de um seguro social público, sob pena de, ao ser transferido para o empregador, tal imposição implicar em discriminação na contratação de mulheres, logo, deixando de ser atingida a finalidade da norma.

⁴⁴ Art. 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.

(...)

h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte; (BRASIL, 1934)

⁴⁵ Art. 137. A legislação do trabalho observará, além de outros, os seguintes preceitos: (...)

l) assistência médica e higienica ao trabalhador e á gestante, assegurado a esta, sem prejuízo do salário, um período de repouso antes e depois do parto (BRASIL, 1937, art. 137).

⁴⁶ Art. 157 - A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem à melhoria da condição dos trabalhadores: (...)

X - direito da gestante a descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego nem do salário; (...)

XVI - previdência, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade e contra as conseqüências da doença, da velhice, da invalidez e da morte (BRASIL, 1946, art. 157).

⁴⁷ Art. 158 - A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social: (...)

XI - descanso remunerado da gestante, antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego e do salário (BRASIL, 1967, art. 158).

⁴⁸ Art. 165. A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social: (...)

XI - descanso remunerado da gestante, antes e depois do parto, sem prejuízo do emprêgo e do salário; (...)

XVI - previdência social nos casos de doença, velhice, invalidez e morte, seguro-desemprego, seguro contra acidentes do trabalho e proteção da maternidade, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado (BRASIL, 1969)

⁴⁹ Ver notas de rodapé 46, 47, 48 e 49.

Em nível de legislação ordinária, somente com a Lei nº 6.136/1974⁵⁰ (BRASIL, 1974), é que o salário-maternidade deixa de ter a feição de direito trabalhista, mas ainda permanece com a obrigação da empresa a promover o pagamento do benefício, contudo, os valores pagos sob esse título seriam compensados frente às contribuições patronais para com o Instituto Nacional de Previdência Social – INPS. Em sede de Regulamento de Benefícios da Previdência Social – RBPS, Decreto 83.080/1979 (BRASIL, 1979), restou fixada a duração do salário-maternidade de quatro semanas antes do parto e oito semanas após, sendo devido somente à segurada empregada e expressamente vedada para a empregada doméstica⁵¹.

Com a promulgação da CF/88, o constituinte apresenta a proteção à maternidade em alguns artigos dispersos no texto, mas para efeito do presente trabalho, nos importa salientar que, pela localização dos dispositivos, é possível notar que há o necessário tratamento ora como garantia trabalhista, ora como prestação previdenciária, e após as considerações histórico-legislativas, nos é permitido trazer em amostragem os conceitos dos institutos de acordo com alguns doutrinadores que enfrentam o tema.

O instituto da licença-maternidade é uma previsão do direito do trabalho que, nas palavras de Resende (2020), não pode ser confundido com o salário-maternidade, pois consiste no período em que a empregada gestante fica afastada do trabalho, portanto, sem prestar serviços, em virtude de nascimento de filho, assim, enquadrando-se numa interrupção do contrato de trabalho.

Com as lições de Martinez (2021), mostra-se evidente a necessária diferença entre a licença-maternidade e o salário-maternidade, uma vez que aquele instituto trabalhista se encontra previsto no art. 7º, XVIII, CF/88 (BRASIL, 1988), correspondendo a um afastamento

⁵⁰ Art. 1º - Fica incluído o salário-maternidade entre as prestações relacionadas no item I, do artigo 22, da Lei número 3.807, de 26 de agosto de 1960, com a redação que lhe foi dada pelo artigo 1º, da Lei número 5.890, de 8 de junho de 1973.

Art. 2º O salário-maternidade, que corresponderá à vantagem consubstanciada no artigo 393, da Consolidação da Leis do Trabalho, terá sua concessão e manutenção pautadas pelo disposto nos artigos 392, 393 e 395 da referida Consolidação, cumprindo às empresas efetuar os respectivos pagamentos, cujo valor líquido será deduzido do montante que elas mensalmente recolhem ao Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) a título de contribuições previdenciárias. (BRASIL, 1974)

⁵¹ Art. 103. O salário-maternidade é devido, independentemente de carência, à segurada empregada grávida, no período de 4 (quatro) semanas antes e 8 (oito) semanas depois do parto, cumprindo à empresa efetuar o pagamento, observado o disposto nesta seção.

§ 1º Em casos excepcionais os períodos de repouso antes e depois do parto podem ser aumentados de mais 2 (duas) semanas cada um, mediante atestado médico fornecido pela previdência social.

§ 2º Em caso de parto antecipado a segurada empregada tem direito às 12 (doze) semanas previstas neste artigo.

§ 3º Em caso de aborto não criminoso, comprovado mediante atestado médico fornecido pela previdência social, a segurada tem direito ao salário-maternidade correspondente a 2 (duas) semanas.

§ 4º A empregada doméstica não faz jus ao salário-maternidade. (BRASIL, 1979)

devido à empregada gestante, inclusive à doméstica, no período de 120 dias em regra, ao passo que este último é um pagamento realizado pela Previdência Social.

Além da doutrina colacionada, quanto ao conceito de licença-maternidade, o fato desta proteção estar inscrita no art. 7º, XVIII, CF/88 (BRASIL, 1988)⁵², reforça o seu caráter trabalhista e conseqüentemente deixa claro que a licença não pode ser confundida com o salário-maternidade, já que aquela tem um alcance limitado a parte dos segurados da Previdência Social – ou seja, somente parte dos segurados obrigatórios –, sendo que essa última abarca os segurados obrigatórios e facultativos.

Esclarecido o conceito do instituto jurídico da licença-maternidade sob o viés trabalhista, em relação ao salário-maternidade, para compreensão do conceito e alcance dessa prestação previdenciária no atual estado da arte, a abordagem da evolução histórico-legislativa pós CF/88 é imprescindível.

Na vigência da CF/88, a Lei 8.213/1991 (BRASIL, 1991), Lei de Benefícios da Previdência Social – LBPS, em seus arts. 71 a 73, trata sobre o salário-maternidade enquanto prestação previdenciária, sendo regulamentada pelo Decreto 3.048/99 (BRASIL, 1999c), em seus arts. 93 a 103, bem como em nível administrativo atualmente pela Instrução Normativa nº 128, 28/03/2022 (BRASIL, 2022), Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, arts. 357 a 361, sem prejuízo de atos internos desta autarquia previdenciária que é a responsável pela gestão e pela representação do Regime Geral de Previdência Social - RGPS⁵³, regime previdenciário incumbido de conceder o salário previdenciário aos seus segurados.

Na redação original da LBPS (BRASIL, 1991), o salário-maternidade foi assegurado somente à segurada empregada, à trabalhadora avulsa e à empregada doméstica, no prazo de 120 (cento e vinte e dias), dividido em 28 (vinte e oito) dias antes do parto e 92 (noventa e dois) dias após o parto.

Com edição da Lei nº 8.861/94 (BRASIL, 1994), a segurada especial passou a ser titular do salário-maternidade e com a Lei nº 9.876/99 (BRASIL, 1999a), a segurada contribuinte individual e facultativa também foram incluídas no rol de titulares da prestação previdenciária. É de se notar que esta última alteração legislativa assegurou o benefício a todas as categorias de seguradas, obrigatórias e facultativas. Até aqui, contudo, a prestação era assegurada em razão

⁵² Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias; (BRASIL, 1988)

⁵³ Lei Complementar nº 101 - Art. 68. Na forma do art. 250 da Constituição, é criado o Fundo do Regime Geral de Previdência Social, vinculado ao Ministério da Previdência e Assistência Social, com a finalidade de prover recursos para o pagamento dos benefícios do regime geral da previdência social.(...) § 2º O Fundo será gerido pelo Instituto Nacional do Seguro Social, na forma da lei. (BRASIL, 2000a)

do parto⁵⁴ ou do aborto não criminoso⁵⁵, e a responsabilidade pelo pagamento, incluindo das seguradas empregadas, ficava a cargo da empresa até a edição da Lei nº 9.879/99 (BRASIL, 1999b), quando passou a ser do INSS. Em 2003, com a edição da Lei nº 10.710/2003 (BRASIL, 2003a), novamente a obrigação quanto ao pagamento das seguradas empregadas retornou para as empresas, que de fato apenas operacionaliza o pagamento, pois o valor creditado a tal título para a obreira será compensado frente aos deveres tributários previdenciários da empresa.

Outro significativo avanço legislativo foi promovido pela Lei nº 10.421/2002 (BRASIL, 2002), que incluiu como mais um fato gerador do salário-maternidade a adoção ou a guarda judicial para fins de adoção, entretanto, à época, somente devido para a segurada, já que só com a edição da Lei nº 12.873/2013 (BRASIL, 2013) é que o segurado que adotar ou obter guarda para fins de adoção passou a ter direito a prestação previdenciária. Em todas as situações que tenha o fato gerador aqui mencionado, o benefício será pago diretamente pelo INSS.

Além de incluir o segurado como beneficiário da prestação previdenciária em caso de adoção ou obtenção de guarda para fins de adoção, a Lei nº 12.873/2013 (BRASIL, 2013) passou a regular também outra situação capaz de assegurar o gozo do benefício pelo segurado, que, na qualidade de companheiro ou esposo supérstite, e estando na qualidade de segurado, vindo a falecer o titular do salário-maternidade, aquele poderá gozar do benefício pelo tempo restante, desde que requeira a prestação até o prazo final a que teria direito o titular falecido.

No que diz respeito ao prazo de gozo do salário maternidade, a Lei nº 11.770/2008 (BRASIL, 2008), ao criar o Programa Empresa Cidadão, assegura tão somente às seguradas empregadas a possibilidade de prorrogação do benefício por mais 60 (sessenta) dias, chegando a totalizar 180 (cento e oitenta) dias, desde que requeridas perante a empresa optante do programa instituído pela lei e não seja optante do SIMPLES nacional.

Além das empresas reguladas pela Lei nº 11.770/2008 (BRASIL, 2008), o salário-maternidade devido às mães que tiveram seus filhos acometidos de sequelas decorrentes da Síndrome Congênita do Zika Vírus possuem direito à percepção do benefício pelo prazo de 180 (cento e oitenta dias), consoante as Leis nº 13.301/2016 (BRASIL, 2016) e nº 13.985/2020 (BRASIL, 2020), desde que os filhos tenham nascido até 31 de dezembro de 2019.

⁵⁴ A Instrução Normativa (IN) 95/2003 (BRASIL, 2003b), INSS, art. 234, § 2º, considera o evento parto aquele ocorrido a partir da 23ª semana de gestação, inclusive em caso de natimorto. Esta previsão conceitual foi repetida na Instrução Normativa INSS Nº 45 DE 06/08/2010, INSS, porém, nas seguintes a autarquia não reproduz textualmente, mas ainda considera o como embasamento normativo.

⁵⁵ Dec. 3.048/99 – Art. 93, § 5º Em caso de aborto não criminoso, comprovado mediante atestado médico, a segurada terá direito ao salário-maternidade correspondente a duas semanas. (BRASIL, 1999c, art. 93)

Outrossim, a Lei 13.467/17 (BRASIL, 2017), ao promover a denominada reforma trabalhista, inseriu o art. 394-A, § 3º, Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT (BRASIL, 1943)⁵⁶, fazendo surgir um novo fato gerador para a concessão do salário-maternidade dentre as hipóteses legais já existentes, que é a gravidez de risco, quando a lactante ou gestante não consiga manter seu trabalho em locais salubres nas dependências do empregador. Com essa previsão legal, não foi fixado o período de gozo do salário-maternidade concedido nessa modalidade e não deixa impedimento para quando da ocorrência do parto, assegurar a continuação mesmo a concessão do benefício previdenciário com a vinda do neonato.

Além das regras legais que versam sobre o salário-maternidade, decisão de grande relevância sobre o tema do início da prestação previdenciária foi exarada pelo Supremo Tribunal Federal - STF, que em sede do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 6327-DF, asseverou que o início do salário-maternidade, em caso de internação da mãe ou do bebê, quando do parto, somente terá início a partir da alta dos dois ou do último, mãe ou bebê.⁵⁷

Findada as considerações histórico-legislativas e a previsão jurisprudencial sobre o salário-maternidade, é possível colher da doutrina o seu conceito. Para Vianna (2022), é o benefício previdenciário pago pelo INSS a qualquer segurada em decorrência do parto durante 120 (cento e vinte) dias, compreendendo o início 28 (vinte e oito) dias antes do parto e o restante em 92 (noventa e dois) dias após o parto, desde que atendidos os requisitos previstos na legislação.

De acordo com as lições de Amado (2019), o salário-maternidade é uma prestação previdenciária devida a todas as seguradas do RGPS, sem exceção, em razão do nascimento de um filho ou da adoção de uma criança, presumindo-se a incapacidade da segurada que terá que dispende tempo e cuidado para o infante.

⁵⁶ Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de: (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017) (...)

§ 3º Quando não for possível que a gestante ou a lactante afastada nos termos do **caput** deste artigo exerça suas atividades em local salubre na empresa, a hipótese será considerada como gravidez de risco e ensejará a percepção de salário-maternidade, nos termos da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, durante todo o período de afastamento. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (BRASIL, 2017)

⁵⁷ Nesta manifestação processual, o STF firmou entendimento de que a licença-maternidade e seu corolário previdenciário, o salário-maternidade, objetivam assegurar a convivência familiar entre o bebê e a mãe, com isso, em casos de internação, não se pode contar o prazo de 120 dias necessariamente a partir do parto, mas tão somente quando for possível conviverem simultaneamente a mãe e o bebê após a alta médica dos dois ou do último internado. A corte constitucional sedimentou a necessidade do Estado promover a defesa da primeira infância e o estado puerperal da mulher. (ADI 6327 MC-Ref, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 03/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-154 DIVULG 18-06-2020 PUBLIC 19-06-2020)

Já no contexto desta pesquisa e a partir dos elementos histórico-legislativos, bem como jurisprudenciais, o conceito de salário-maternidade pode assim ser deduzido: é a prestação previdenciária⁵⁸ devida ao homem ou à mulher segurada do RGPS, quando ocorrer as hipóteses de parto, adoção ou guarda para fins de adoção, durante o prazo em regra de 120 (cento e vinte) dias, podendo ter início 28 (vinte e oito) dias antes do parto e extensão até 92 (noventa e dois) dias após o parto, bem como nas situações em que a gestante empregada se encontrar em atividade insalubre e não lhe seja assegurado o trabalho salubre no âmbito da empresa, sendo a prestação previdenciária devida pelo tempo em que permanecer tal circunstância, sem prejuízo da concessão pelo prazo de 120 (cento e vinte) dias pela ocorrência do parto.

À vista dos esclarecimentos deste tópico, é possível concluir que o salário-maternidade sofreu significativa evolução quanto ao seu escopo inicial de proteção, tendo que acompanhar os avanços sociais e não mais pode ser considerada uma prestação previdenciária com o objetivo tão somente de proteger a mulher, mãe biológica ou adotiva, mas sim a chegada de um descendente para o homem ou a mulher, sozinhos em comunhão, que faz surgir uma família e nessa ótica há quem defenda que o benefício passou a ter caráter familiar (HORVATH JÚNIOR, 2017)⁵⁹ e, por tal razão, este estudo agora buscará entender qual família está sendo protegida ou beneficiada pelo salário-maternidade.

4.3 A natureza jurídica do salário-maternidade

Estabelecer a natureza jurídica de determinado instituto apresenta o desafio de informar, perante o ordenamento jurídico, qual o tratamento deve ser-lhe dispensado. No estágio atual do estudo, enquadrar o salário-maternidade como uma prestação previdenciária já não encontra resistência, pois a despeito de ter a nomenclatura de salário, em recente julgado do STF⁶⁰, essa

⁵⁸ No sentido de pacificar a natureza jurídica do benefício como prestação previdenciária o STF manifestou-se no rito da repercussão geral ao julgar o RE 576.967, Tema 72, registrando que embora tendo a denominação de salário, durante o gozo do benefício não há prestação de labor pela mãe, pois até pela previsão legal, no prazo de recebimento do salário maternidade a mãe deve afastar-se de suas atividades, assim, em não sendo a contraprestação pecuniária do empregador, não pode ser entendida como salário a ponto de incidir contribuição previdenciária. (RE 576967, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 05/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-254 DIVULG 20-10-2020 PUBLIC 21-10-2020)

⁵⁹ Para esse autor, a alteração promovida pela Lei 12.873/13 reconhece a natureza de benefício familiar ao salário-maternidade e reforça sua posição jurisprudencial exarada no Recurso Cível nº 5002217-94.2011.4.04.7016/PR.

⁶⁰ Conforme nota de rodapé 59.

confusão conceitual restou afastada e, por conseguinte, permanentemente⁶¹ é uma prestação previdenciária.

Noutro prisma, ao ser concedido e mantido na quase totalidade das hipóteses pelo INSS, já que em alguns casos as empresas realizam a concessão e o pagamento⁶², mas compensam os valores gastos em momento posterior frente aos tributos federais devidos, tem-se que as regras jurídicas que norteiam e regulamentam a prestação previdenciária são de direito público.

Contudo, quando se observa a natureza jurídica do salário-maternidade pelo seu escopo protetivo, a tarefa não parece ser das mais fáceis. Dentre os fatos geradores de concessão observados a partir da legislação, é possível concluir que o benefício previdenciário tem finalidade multifacetada, a depender do fato gerador.

Quando a concessão se originar no parto⁶³, é possível verificar uma dupla proteção almejada pelo benefício, que pode ser lida sob o fomento da realização do evento biológico, maternidade gestacional ou de outra forma, com a chegada de um ou mais dependentes, a concessão do benefício permitirá o convívio no seio familiar de mãe e filhos nos momentos iniciais de vida destes. De outra banda, com o elo entre mãe e filho, presente está um núcleo familiar que passa a ser protegido pelo suporte financeiro assegurado pelo RGPS, assim, a prestação passa a ter o escopo de proteção da família.

No mesmo sentido de visar à proteção familiar, está quando ocorrer o fato gerador da concessão do benefício em caráter residual, ou seja, se o segurado ou a segurada, percebendo o benefício, vier a falecer, o cônjuge ou companheiro supérstite, preenchida a qualidade de segurado do sobrevivente, passará à percepção do benefício.⁶⁴

Sem escapar de aspirar à proteção do núcleo familiar, singularmente à convivência entre segurado e dependente, tem-se a concessão do salário-maternidade em caso de adoção ou guarda para fins da adoção.⁶⁵ Contudo, não é possível verificar a proteção familiar a partir da

⁶¹ A utilização do termo permanente justifica-se porque o objeto de proteção dos benefícios por ser um direito fundamental pode ser alterado com a evolução da sociedade.

⁶² Art. 72. O salário-maternidade para a segurada empregada ou trabalhadora avulsa consistirá numa renda mensal igual a sua remuneração integral. (Redação Dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)

§ 1º Cabe à empresa pagar o salário-maternidade devido à respectiva empregada gestante, efetivando-se a compensação, observado o disposto no art. 248 da Constituição Federal, quando do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço. (BRASIL, 1991)

⁶³ 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 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, 1991)

⁶⁴ 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 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, 1991)

⁶⁵ Art. 71-A. Ao segurado ou segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança é devido salário-maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias. (BRASIL, 1991)

concessão do salário-maternidade quando o fato gerador decorrer de aborto não criminoso⁶⁶ ou em caso de parto de natimorto⁶⁷, já que claramente não há a figura do dependente que necessitará dos cuidados da segurada na integração familiar.

Decerto, consoante às previsões legais, temos que a legislação previdenciária avançou para assegurar a concessão do salário-maternidade não necessariamente para a mulher nos casos do parto ou aborto não criminoso. Com a inclusão do fato gerador da adoção ou guarda para fins de adoção, o que se conclui é que o escopo do benefício é permitir a viabilização do projeto familiar independentemente de quem venham a ser os integrantes. Porém, não só nestas circunstâncias, porque nos casos de aborto não criminoso ou parto de natimorto, a formação familiar, de acordo com os conceitos acima trazidos, não se confirma, porque não haverá o descendente para configurar a família.

Com efeito, taxar a natureza jurídica do salário-maternidade cabalmente como aquele destinado à proteção familiar, ou ao melhor interesse do menor, não há espaço, já que há casos em que a inexistência do dependente não pode ser o óbice da concessão, no caso de natimorto.

Certo é que esse alargamento do escopo protetivo da prestação previdenciária não comporta criação de discriminação. Considerar que este benefício vem a proteger a família na sua origem, implica dizer que não é possível segregar quais os tipos de família, pois, como se evidenciou, a CF/88 não faz qualquer distinção aos tipos de família e, ao contrário, tem o dever de fomentar suas existências.

4.4 A concessão do salário-maternidade para o pai biológico a partir da maternidade sub-rogada

A concessão do salário maternidade, ao ser prestada pelo sistema público de Previdência Social, através da autarquia previdenciária INSS, somente é assegurada quando surge no mundo

⁶⁶ Art. 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. (Redação dada pelo Decreto nº 4.862, de 2003) (Vide ADI 6327) (...)

§ 5º Em caso de aborto não criminoso, comprovado mediante atestado médico, a segurada terá direito ao salário-maternidade correspondente a duas semanas. (BRASIL, 1999c).

⁶⁷ Instrução Normativa nº 128/2022, INSS/PRES. Art. 358. O salário-maternidade é devido durante 120 (cento e vinte) dias, a contar das seguintes ocorrências, consideradas para fixação da data de início do benefício:

I - parto, inclusive natimorto, podendo o início do benefício ser fixado na DAT caso o(a) segurado(a) tenha se afastado até 28 (vinte e oito) dias antes do nascimento da criança, exceto para os(as) segurados (as) em período de manutenção da qualidade de segurado para as quais o benefício será devido a partir do nascimento da criança;

os fatos geradores previstos na lei em sentido estrito⁶⁸, posto que sendo regido pelas regras de Direito Público, em especial pelo princípio da legalidade em sua dimensão estrita⁶⁹, o administrador age apenas conforme o que se encontra previsto na lei.

Com a atividade do INSS guiada pela legalidade estrita, ao ser provocado para a concessão do salário-maternidade pelo pai em família monoparental, a partir da maternidade sub-rogada, devolverá como conclusão o indeferimento da pretensão e, sob a ótica do princípio *non liquet*⁷⁰, o pai terá no judiciário a saída para ter sua pretensão acolhida ou não.

Nesse cenário, depois de delimitada a Previdência Social na CF/88, dirigente, mas que requer uma leitura normativa num sistema jurídico aberto; bem como após a conceituação da instituição família, em especial a monoparental de pai solteiro sob a opção da maternidade sub-rogada; e após estabelecer o alcance da proteção da maternidade na Previdência Social brasileira; é chegada a hora de adentrar no cerne do trabalho, observando o princípio de justiça – que é um vértice do ordenamento jurídico brasileiro – e mais ainda a justiça e o bem-estar sociais no sistema de seguridade social com respeito à dignidade da pessoal humana e como forma de assegurar a igualdade.

Nos termos já registrados, o salário-maternidade, no estágio atual da legislação, é garantido a todas as categorias de segurados, havendo somente a distinção pela instrumentalidade do pagamento quando se tratar de segurada empregada que incorra no fato gerador parto, pois nessas circunstâncias o benefício é pago diretamente pelo empregador, sem que isso modifique a natureza jurídica de prestação previdenciária.

No que diz respeito aos outros fatos geradores, os segurados e as seguradas, uma vez preenchendo a carência exigida, e surgindo o fato gerador do benefício, farão jus à prestação previdenciária a partir do requerimento de benefício apresentado ao INSS e consequente concessão.

Como registrado, a atuação do INSS enquanto autarquia federal de direito público rege-se principalmente nos limites da legalidade estrita, ou seja, havendo previsão legal para determinado fato gerador como causa da concessão, uma vez preenchida a carência, o deferimento do pleito será um ato administrativo indiscutivelmente vinculado⁷¹.

⁶⁸ Em regra, a norma é proveniente do Poder Legislativo, porém, em se tratando de atuação do INSS, alguns de seus normativos internos por vezes usurpam a função do Poder Legislativo e são editados atos que criam, modificam e extinguem direitos previdenciários.

⁶⁹ “No sistema previdenciário, a inexistência de previsão legal para a concessão do benefício impede o surgimento de direito público subjetivo ao segurado em exigir a prestação” (MARTINS, 2011, p. 48).

⁷⁰ BRASIL, *op. cit.*, p. 32.

⁷¹ Ato vinculado no direito administrativo consiste naquela manifestação do agente público executada nos estritos limites da lei, ou seja, a regra legal já indica a situação fática, assim, uma vez ocorrendo o que deve fazer o agente,

O problema de pesquisa aqui enfrentado corresponde a um evento fático com repercussão jurídica que não encontra previsão legal para acolhida. Entretanto, caso idêntico já tem regra legal tratando e, por consequência, concedido é o salário-maternidade.

Com maior enfoque, a inquietação científica decorre da previsão legal, assegurando a concessão do salário-maternidade para os casos de adoção de criança pelo homem, mas do contrário quando há uma filiação biológica ao pai solteiro a partir da maternidade sub-rogada, o sistema de Previdência Social assim não permite a concessão diante da inexistência de previsão legal.

Certo é que, diante dos indeferimentos administrativos pelo INSS, o judiciário tem sido provocado para socorrer o direito dos pais solteiros com filhos a partir da maternidade sub-rogada que reivindicam a concessão do salário-maternidade sob a justificativa de estarem numa situação de igualdade para com os casos de adoção unilateral pelo homem ou mesmo por casais homoafetivos e ainda às mulheres que optam pela reprodução medicamente assistida e são titulares do benefício.

4.4.1 O julgamento do RE 1348854/SP – Tema da Repercussão Geral do STF 1.182

No RE 1348854/SP, o STF fixou a tese de repercussão geral nº 1.182, que, no rito de tal julgamento, vincula as demais esperas jurídicas a ponto de somente ser superado em caso de *overruling* ou *distinguish*. Contudo, em análise detida do *leading case*, a partir dos votos dos Ministros participantes, é possível notar que até no âmbito daquele tribunal há confusão de institutos, diga-se entre a licença-maternidade e o salário-maternidade.

O caso que foi levado a julgamento diz respeito ao pedido de um servidor público federal que exerce a função de médico perito perante o INSS, sem que isso implique dizer que há sua filiação ao RGPS ou muito menos tenha sido o seu pedido de salário maternidade perante os recursos humanos da sua empregadora, porém, de licença-maternidade ou o alargamento do tempo em relação a licença-paternidade. Ao se pronunciar o STF fixou a seguinte tese:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. GENITOR MONOPARENTAL DE CRIANÇAS GÊMEAS GERADAS POR MEIO DE TÉCNICA DE FERTILIZAÇÃO IN VITRO E GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO (“BARRIGA DE ALUGUEL”). DIREITO AO BENEFÍCIO DE SALÁRIO-MATERNIDADE PELO PRAZO DE 180 DIAS. 1. Não há previsão legal da possibilidade de o pai

é tão somente, com base no princípio da legalidade, realizar o que ali está previsto, que no caso em tela será a concessão do salário-maternidade (CARVALHO FILHO, 2012).

solteiro, que optou pelo procedimento de fertilização in vitro em “barriga de aluguel”, obter a licença-maternidade. 2. A Constituição Federal, no art. 227, estabelece com absoluta prioridade a integral proteção à criança. A ratio dos artigos 6º e 7º da CF não é só salvaguardar os direitos sociais da mulher, mas também efetivar a integral proteção ao recém-nascido. 3. O art. 226, § 5º, da Lei Fundamental estabelece que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher, não só em relação à sociedade conjugal em si, mas, sobretudo, no que tange ao cuidado, guarda e educação dos filhos menores. 4. A circunstância de as crianças terem sido geradas por meio fertilização in vitro e utilização de barriga de aluguel mostra-se irrelevante, pois, se a licença adotante é assegurada a homens e mulheres indistintamente, não há razão lógica para que a licença e o salário-maternidade não seja estendido ao homem quando do nascimento de filhos biológicos que serão criados unicamente pelo pai. Entendimento contrário afronta os princípios do melhor interesse da criança, da razoabilidade e da isonomia. 5. A Nota Informativa SEI nº 398/2022/ME, e Nota Técnica SEI nº 18585/2021/ME, emitidas pela Secretaria de Gestão e Desempenho de Pessoal do Ministério da Economia, trazidas aos autos pelo INSS, informam que “em consonância com a proteção integral da criança’, a Administração Pública federal reconhece ‘o direito, equivalente ao prazo da licença à gestante a uma das pessoas presentes na filiação, independente de gênero e estado civil, desde que ausente a parturiente na composição familiar do servidor’”. 6. As informações constantes nas aludidas Notas emitidas pelo Ministério da Economia apenas confirmam que o entendimento exposto no voto acompanha a compreensão que esta CORTE tem reiteradamente afirmado nas questões relativas à proteção da criança e do adolescente, para os quais a atenção e o cuidado parentais são indispensáveis para o desenvolvimento saudável e seguro. 7. Recurso Extraordinário a que se nega provimento. Fixada, para fins de repercussão geral, a seguinte tese ao Tema 1182: “À luz do art. 227 da CF que confere proteção integral da criança com absoluta prioridade, bem como do princípio da isonomia de direitos entre o homem e a mulher (art. 5º, I, CF), a licença maternidade, prevista no art. 7º, XVIII, da CF/88, e regulamentada pelo art. 207 da Lei 8.112/1990, estende-se ao pai, genitor monoparental, servidor público.” (RE 1348854, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 12/05/2022, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-213 DIVULG 21-10-2022 PUBLIC 24-10-2022)

No âmbito dos tribunais federais, a concessão do salário-maternidade para o homem não tem um volume considerável de análises e quando o tem, não diz respeito ao caso levantado na presente pesquisa, vejamos:

PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE SALÁRIO MATERNIDADE PARA O PAI DAS CRIANÇAS. ANALOGIA. I - Considerando-se que o salário-maternidade não é um benefício destinado à mãe segurada, mas sim à proteção da criança em seus primeiros meses de vida, impõe-se ratificar o entendimento do r. Juízo a quo, no sentido de que aplica-se in casu o princípio constitucional da isonomia para que a criança que não pode ter os cuidados e a atenção de sua mãe em seu início de vida, possa receber esses cuidados de seu pai, que não seriam integrais, caso não lhe fosse concedido o benefício em epígrafe. II - Apelação do INSS improvida. (TRF-3 - Ap: 00016840420114036127 SP, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO NASCIMENTO, Data de Julgamento: 21/05/2013, DÉCIMA TURMA, Data de Publicação: e-DJF3 Judicial 1 DATA:29/05/2013)

Muito embora os julgados não reflitam fielmente o que por ora se estuda, a *ratio decidendi* dos pronunciamentos judiciais passa a servir de fundamento ou baliza no

enfrentamento do problema de pesquisa e conseqüente confirmação ou não das hipóteses levantadas.

É possível extrair que os julgadores se manifestam com esteio constitucional e não permitiram que, na ausência de normas infraconstitucionais, frente as já existentes na CF/88, sejam criados preconceitos ou desigualdades em que as situações fáticas não justificam um tratamento desigual.

O enfrentamento da matéria, em sede de repercussão geral pelo STF, já corrobora as hipóteses apresentadas em resposta ao problema de pesquisa. Assim, temos que o caminho percorrido e a angústia acadêmica foram pertinentes, já que mesmo se tratando de um direito fundamental que *per se* já sinaliza uma atuação do Estado em sua maior amplitude, o ente político tem-se escusado do cumprimento a pretexto de não existir previsão legal para a concessão do benefício de salário-maternidade para o homem em família monoparental a partir da maternidade sub-rogada.

De outra banda, por fidelidade à pesquisa científica, torna-se necessário perscrutar se os julgadores foram fiéis às previsões constitucionais e não incorreram no chamado ativismo judicial a ponto de desequilibrar o princípio democrático, que se diga nesse ponto não pode ser chamado indiscriminadamente. Registra-se que não é a ausência de texto legal que impede a realização das normas de direito constitucional de segunda dimensão.

Diz o art. 1º, Lei 8.213/91 (BRASIL, 1991), que a Previdência Social tem a finalidade de assegurar aos seus beneficiários os meios suficientes de subsistência quando acometidos de contingências sociais, dentre elas o aumento de encargos familiares⁷². Todavia, a proteção familiar não está expressa para todas as formatações de família, fato este que justifica esta pesquisa.

Ao se pretender a concessão de uma prestação previdenciária, os princípios da legalidade⁷³ e da precedência de custeio⁷⁴ sempre são aduzidos como barreiras ou mesmo como justificativas de acatamento dos pedidos apresentados ao INSS. No caso para a concessão do

⁷² Art. 1º A Previdência Social, mediante contribuição, tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente. (BRASIL, 1991)

⁷³ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (BRASIL, 1988, art. 37, caput).

⁷⁴ Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

(...)

§ 5º Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total. (BRASIL, 1988, art. 195, § 5º).

salário-maternidade para o homem em família monoparental a partir de maternidade subrogada, a razão maior de indeferimento é a ausência de lei que assegure o tal fato gerador e em caráter complementar, acaso se queira lançar mão da analogia, o princípio da precedência do custeio é o impeditivo de acatamento e realização do direito fundamental reivindicado.

O STF, ao fixar a tese 1.182, RE 1348854/SP, enfrentou a situação posta com base nos princípios, evidenciando uma incontroversa colisão dessas normas, que como já explicitado no item 2.4, consoante os ensinamentos de Ávila (1999), tem um nível de abstração elevado e buscam sempre efetivar o fim maior de justiça na manifestação da igualdade (CANARIS, 2002).

Deveras, estando presente a colisão de princípios, os ensinamentos de Alexy (2005) acomodam-se perfeitamente, visto que, para o autor, diante de situações dessa natureza, o princípio da proporcionalidade deve ser realizado na medida dos seus subprincípios: da adequação, da necessidade e da proporcionalidade estrita. Observar os três subprincípios assegura uma realização da norma nos limites das possibilidades jurídicas existentes, logo, lançar mão dos princípios não pode ser entendido como uma criação indiscriminada do direito. Os princípios são os mandamentos de otimização do sistema, assim, as respostas a serem encontradas diante das situações em que não se pode obter, no ordenamento jurídico textos legais, não são retiradas do acaso.

Iniciando seu voto, o Relator Alexandre de Moraes, traz como principal argumento a igualdade material, salientando que não se podem permitir diferenciações arbitrárias:

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, porque o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito.

O princípio da igualdade consagrado pela Constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situações idênticas. (STF, RE 1348854/SP, p. 16)

Para o Magistrado, as previsões legais já existentes são perfeitamente cabíveis e extensíveis para assegurar a concessão de uma prestação previdenciária no caso em tela. Não assentir com a concessão do benefício, além de não cumprir com a realização da igualdade material, fomenta uma espécie de discriminação que o constituinte não previu.

Nas palavras do Relator, as normas que visam proteger as situações como a decidida e para não dizer nas hipóteses do problema aqui pesquisado merecem ser observadas sistematicamente, e neste ponto a decisão coaduna-se com o referencial teórico de Canaris (2002).

As regras constitucionais dos arts. 6º e 7º, XVIII, art. 201, CF/88 (BRASIL, 1998)⁷⁵, arts. 226, 227 e 229, CF/88⁷⁶ (BRASIL, 1988), quando analisadas sistematicamente, promovem a proteção da maternidade e da infância, colocando esta no centro. Assim, por este aspecto, surge a justificativa de que a concessão do salário-maternidade foi aprimorada para não mais apenas ser visto como o benefício da mulher. Também, já que a proteção da criança, sob a ótica do princípio do melhor interesse do menor, tem cabimento na relação previdenciária, indiferente não pode ficar a regra do art. 5º, I, CF/88 (BRASIL, 1988)⁷⁷, que é categórica em assegurar a igualdade entre homens e mulheres.

Em Silva (2006), o desprezo pela igualdade somente tem cabimento quando a sua realização gerar maior discriminação, pois do contrário o aplicador do direito não tem a faculdade de alijá-lo:

(...) Importa mesmo é notar que é uma regra que resume décadas de lutas das mulheres contra discriminações. Mais relevante ainda é que não se trata aí de mera isonomia

⁷⁵ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

(...)

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

(...)

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

(...)

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante; (BRASIL, 1988)

⁷⁶ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

(...)

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. (BRASIL, 1988)

⁷⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (BRASIL, 1988)

formal. Não é igualdade perante a lei, mas igualdade em direitos e obrigações. Significa que existem dois termos concretos de comparação: homens de um lado e mulheres de outro. Onde houver um homem e uma mulher, qualquer tratamento desigual entre eles, à propósito de situações pertinentes a ambos os sexos, continuará uma infringência constitucional. (SILVA, 2006, p. 217)

Noutra passagem do julgado da repercussão geral, o Relator assevera que a forma de procriação do descendente não pode ser o empecilho para a concessão do salário-maternidade nas hipóteses de reprodução assistida:

A circunstância de as crianças terem sido geradas por meio fertilização in vitro e utilização de “barriga de aluguel” mostra-se irrelevante, pois, se a licença adotante é assegurada a homens e mulheres indistintamente, não há razão lógica para que a licença e o salário maternidade não seja estendido ao homem quando do nascimento de filhos biológicos que serão criados unicamente pelo pai. Entendimento contrário afronta os princípios do melhor interesse das crianças, da razoabilidade e da isonomia. (STF, RE 1348854/SP, p. 27)

Não sendo abordado pelo Relator, mas realizada por outro Ministro, Nunes Marques, ao defender a concessão da prestação previdenciária para o homem em família monoparental em maternidade sub-rogada, assevera-se que não há qualquer desrespeito à regra da contrapartida pecuniária que exige a prévia fonte de custeio. Para este Ministro, as situações legais que já permitem o homem gozar do benefício previdenciário são perfeitamente estendíveis ao caso investigado. Inclusive, para o magistrado, a lacuna legal decorreu de uma omissão involuntária do legislativo.

Em relação ao princípio da legalidade estrita, merece a transcrição nesta investigação das lições exaradas pelo Procurador Geral da República no parecer levado à repercussão geral julgada. Como a mais representação institucional da fiscalidade da lei, colacionar o que disse o *parquet* deixa evidente a abertura das normas constitucionais que versam sobre os direitos fundamentais de segunda geração:

A legalidade estrita, ante a suposta ausência de previsão expressa na Constituição Federal ou na legislação infraconstitucional de regência, cede espaço para maximização dos direitos fundamentais da isonomia e da proteção integral da criança com absoluta prioridade, promovendo-se em última instância sua dignidade e privilegiando-se o direito da entidade familiar de realizar os cuidados parentais e de fortalecer o vínculo afetivo. (STF, RE 1348854/SP, p. 22)

De fato, há muito a aplicação da legalidade no conceito tradicional não tem mais espaço de atuação, qual seja, a administração só pode realizar o que está previsto em lei, ao passo que o administrado pode fazer tudo o que a lei não proíbe. A legalidade que consta do art. 37, caput,

CF/88, já citado, tem que ser observada sob a ótica da juridicidade, principalmente quando vir a regular matéria de direitos fundamentais.

Na consecução dos direitos fundamentais, a estrita vinculação à lei positiva já está superada, o Estado deve obedecer à unidade do ordenamento jurídico, tendo como principal fundamento a substituição da lei formal pela Constituição, que com seus princípios e regras definidores dos direitos fundamentais cunha a ideia de juridicidade administrativa, atuando por vezes: *secundum legem*, *praeter legem* ou ainda *contra legem*, desde que se busque o direito com a aplicação da Constituição (BINENBOJM, 2014).

O Estado ao enfrentar temas de direitos fundamentais deve ser proativo. Robertônio Pessoa aduz que:

Sintonizado com a Constituição, o direito administrativo deve conceber formas, organizações e procedimentos que viabilizem a concretização do núcleo central da Constituição: a democracia e os direitos fundamentais. Deverá atuar como uma engrenagem cada vez mais importante na cadeia de percepção e transmissão desse núcleo axiológico do direito constitucional.

(...)

Hoje, compete ao direito administrativo também dar operacionalidade à vertente objetiva dos direitos fundamentais como “mandados de proteção”. Aqui os direitos fundamentais se apresentam como “valores objetivos” que devem ser concretizados e protegidos pelo Estado através de *prestações legislativas e administrativas*. (PESSOA, 2020, p. 57-58)

Com efeito, diante dos argumentos colacionados com base na doutrina e na legislação, sem descuidar da jurisprudência, chegado esse momento da pesquisa, é possível perceber que o reconhecimento da Previdência Social brasileira dentre os direitos fundamentais, permite aos seus segurados serem acobertados nas situações de contingências sociais previstas na constituição como objeto de proteção, mas que ainda não possui legislação infraconstitucional vigente.

Da mesma forma, reconhecer que os direitos sociais possuem uma transitividade torna possível uma maior realização das normas constitucionais, que mesmo sendo as regras-matrizes do ordenamento jurídico, têm a capacidade e a sensibilidade de sentir os reclamos sociais, sem que isso queira dizer ser subordinada aos acontecimentos reais de toda natureza.

Assentir que a Constituição está em constante movimento, mesmo que não haja necessariamente alteração de texto, mas seja verificada como um sistema harmônico, todas as situações que lhe forem submetidas haverão de ser respondidas nos estritos termos da justiça e do bem-estar sociais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando se fala em direitos sociais, notadamente os direitos fundamentais de segunda dimensão, o Estado é convocado para retornar as relações com os seus administrados, não podendo ser absenteísta. Os direitos sociais asseguram aos indivíduos direitos públicos subjetivos que possibilitam exigir do Estado uma conduta positiva que permita a realização das pretensões individuais e coletivas que fomentem a dignidade humana. Além disso, o estágio histórico-evolutivo da sociedade tem vivenciado um momento de desconstrução de paradigmas, sem que sejam postas novas perspectivas estáveis para o futuro. A era atual foi cunhada de pós-modernidade e nesse contexto muitos conceitos restaram superados.

O problema que despertou esta pesquisa decorre, por conseguinte, de uma realidade possível justamente por este momento de superação social no qual está havendo uma revolução de conceitos e instituições há muito credoras de alicerce inabaláveis. A constituição de famílias distintas àquelas legítimas somente pelo casamento está no seio social, pois o avanço biotecnológico já permite a procriação até mesmo sem o formato tradicional que envolve a sexualidade do homem e da mulher. Por meio das técnicas de reprodução assistida, é possível constituir as chamadas famílias monoparentais, especialmente as masculinas em maternidade sub-rogada, mãe de aluguel etc, mas por vezes o sistema jurídico não está acompanhando essa velocidade.

O ordenamento jurídico constitucional vigente tem acomodado mutações constitucionais que asseguram a validade desses formatos de famílias, contudo, mesmo com a maior proteção advinda da Carta Política, em alguns campos específicos do ordenamento jurídico brasileiro, a proteção restou defasada.

Ocorre que, a partir do que foi exposto anteriormente, a pesquisa realizada com esteio no referencial teórico, alçando os direitos fundamentais como possuidores de envergadura para sua maior realização, foi capaz de validar as hipóteses levantadas com o problema de pesquisa apresentado com a pergunta: é possível a concessão do salário-maternidade para o homem em família monoparental decorrente da maternidade de substituição?

De fato, há ausência legal a nível infraconstitucional, que a primeira vista inviabiliza a concessão, desde que se faça uma leitura do caso posto a partir do princípio da legalidade estrita, naquele modelo administrativo calcado na chamada primazia do interesse público. Deveras o princípio da legalidade não pode ser alijado, mormente em matéria previdenciária de benefícios, em que aquele princípio sempre está acompanhado de outro que é uma das bases do sistema previdenciário, que é o da prevalência da fonte de custeio para criar ou majorar benefícios.

A validade do formato familiar em monoparentalidade masculina encontra total acomodação constitucional, vez que a chegada da prole evidencia um dos tipos de família na Lei Maior, entretanto, em nível previdenciário, tal modalidade não tem a proteção devida quando se objetiva ter acesso ao salário-maternidade.

Com a pesquisa foi possível ratificar que o sistema de direitos fundamentais tem lastro constitucional, porém, não se encontra em um único local na Carta Política, bem como pode se encontrar noutras normas, prevalecendo tão somente o escopo de realizar principalmente a dignidade humana.

Ao se analisar a possibilidade ou não da concessão da prestação previdenciária e assim acolher a pretensão do problema, foi verificado que o ordenamento jurídico brasileiro já regula situações nas quais permite a concessão do benefício de salário-maternidade para o homem. Assim sendo, realizando uma leitura sistemática das normas constitucionais, notou-se que manter a negativa sob o motivo de ausência de lei para reconhecer este fato gerador termina por infringir a igualdade material, criando uma discriminação em que o legislador não o quis.

Nessa toada, como a negativa de concessão do salário-maternidade para o homem nas circunstâncias postas cria antijuridicidade, a teoria dos princípios acompanhada da sistematicidade defendida por Canaris (2002) foi o caminho para o alcance dos objetivos específicos da pesquisa, nos quais restou demonstrado que é possível, a partir da leitura constitucional, sem qualquer ativismo judicial, a concessão do benefício previdenciário. Certo é que o modelo de família monoparental masculina em maternidade sub-rogada não é comum para os segurados do RGPS, porém, o STF ao julgar matéria afeita aos segurados dos Regimes Próprios já antecipou qual o olhar que os tribunais devem seguir quando se depararem com situações nesse formato.

Para assentir com a concessão, a pesquisa se valeu dos argumentos jurisprudenciais e os princípios constitucionais, todavia, mesmo talvez não havendo espaço para este ponto a seguir levantado, haja vista tratar-se de uma pesquisa de mestrado, restou evidenciado que a concessão do salário-maternidade com esta nomenclatura para o homem até pode permanecer válida, mas não é a melhor adequação, já que mantê-lo dessa forma termina por ocasionar uma discriminação de gênero.

Por fim, torna-se necessário não se distanciar das prescrições constitucionais quando os problemas jurídicos forem na seara previdenciária, vez por ser um indiscutível direito fundamental, a leitura da Carta Política sob a ótica dos ensinamentos de Hesse (2001), certamente terá a capacidade de sempre manter viva a normatividade da Constituição.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. **Revista Internacional de Direito Tributário**. Belo Horizonte, v. 3, p. 155-167, jan/jun. 2005.
- ALONSO, Ricardo Pinha. **The fundamental social rights and the jurisdictional control of public policies**. 2012. 172 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.
- AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. **Curso de direito e processo previdenciário**. 11 ed., rev., atual. e ampl.. Salvador: JusPODIVM, 2019.
- ARAÚJO NETO, Raul Lopes de. **Teoria geral do direito previdenciário**. 1. ed. Rio de Janeiro: G.Z, 2020.
- ASSIS, Armando de Oliveira. **Compêndio de seguro social: teoria geral legislação brasileira**. Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 1963.
- AVANCI, Thiago Felipe S. **Teoria pós-positivista dos direitos fundamentais: dialética entre economia, ecologia e filosofia**. Londrina: Thoth, 2021.
- ÁVILA, Humberto. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. In: Revista de direito administrativo: RDA, n. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999.
- BALERA, Wagner. **Noções preliminares de direito previdenciário**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional: contemporâneo**. 9. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2020.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos, 2002.
- BERCOVICI, Gilberto. A problemática da Constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de informação legislativa**, v. 36, n. 142, p. 35-51, abr/jun. 1999.
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. – 3ª ed. Revista e atualizada – Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 35. ed. atual. Salvador: JusPODIVM, 2020.

BARBOSA, Fernando Cesar Mendes. A previdência social como serviço público essencial. In: SIMPÓSIO INTERNACIONAL DE ANÁLISE CRÍTICA DO DIREITO, VII, 2017, Jacareziho, PR. **Anais**. 1. ed. Jacarezinho, PR: UENP, 2017. p. 117-132. Disponível em: <https://siacrid.com.br/repositorio/2017/responsabilidade-do-estado.pdf>

Bíblia. Português. Bíblia Sagrada: Antigo Testamento. Tradução de João Ferreira de Almeida. Bíblia Online. Disponível em: <https://www.bibliaonline.com.br/acf/gn>

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10 ed. Trad. Maria Celeste C. J. Santos; ver. téc. Cláudio de Cicco; apres. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BITTAR, Eduardo C. B. O direito na pós-modernidade. **Revista Sequência**, n. 57, p. 131-152, dez. 2008.

BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade**. 3ª ed. modificada e atualizada. São Paulo: Altas, 2014.

BRASIL. **Decreto Lei nº 16.300, de 31 de dezembro de 1923**. Aprova o regulamento do Departamento Nacional de Saúde Pública. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1923.

BRASIL. **Decreto nº 21.417-A, de 17 de maio de 1932**. Regula as condições do trabalho das mulheres nos estabelecimentos industriais e comerciais. In: BRASIL. Coleção de Leis do Brasil. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1932. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21417-a-17-maio-1932-526754-publicacaooriginal-1-pe.html>

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1934**, de 16 de julho de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937**, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1943. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm

BRASIL. **Decreto nº 51.627, de 18 de dezembro de 1962**. Torna pública a denúncia, por parte do Brasil, da Convenção (nº 3) relativa ao emprego das mulheres antes e depois do parto, concluída em Washington, a 29 de novembro de 1919. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1962.

BRASIL. **Decreto nº 58.820, de 18 de julho de 1966**. Promulga a Convenção nº 103 sobre proteção à maternidade. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/d58820.htm

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm

BRASIL. **Emenda Constitucional nº1, de 17 de outubro de 1969**. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm

BRASIL. Código Civil (1916). **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm

BRASIL. **Lei nº 6.136, de 7 de novembro de 1974**. Inclui o salário-maternidade entre as prestações da Previdência Social. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1974. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/16136.htm

BRASIL. **Decreto nº 83.080, de 24 de janeiro de 1979**. Aprova o Regulamento dos Benefícios da Previdência Social. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1979. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d83080.htm

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. **Lei 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1991. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm

BRASIL. **Lei nº 8.861, de 25 de março de 1994**. Dá nova redação aos arts. 387 e 392 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), altera os arts. 12 e 25 da Lei nº 8.212, de 24 julho de 1991, e os arts 39, 71, 73 e 106 da Lei nº 8.213, de 24 julho de 1991, todos pertinentes à licença-maternidade. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18861.htm

BRASIL. **Lei nº 9.876, de 26 de novembro de 1999**. Dispõe sobre a contribuição previdenciária do contribuinte individual, o cálculo do benefício, altera dispositivos das Leis nos 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1999a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19876.htm

BRASIL. **Lei nº 9.879, de 1 de dezembro de 1999**. Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor de Encargos Financeiros da União, crédito suplementar no valor de R\$ 1.019.077.000,00, para reforço de dotações consignadas no vigente orçamento. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1999b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19879.htm

BRASIL. **Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999**. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1999c. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm

BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.** Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2000a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm

BRASIL. **Lei nº 10.101, de 19 de dezembro de 2000.** Dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2000b.

BRASIL. Código Civil (2002). **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm

BRASIL. **Lei nº 10.421, de 15 de abril de 2002.** Cria o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal, e altera a Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111770.htm

BRASIL. **Lei nº 10.710, de 5 de agosto de 2003.** Altera a Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991, para restabelecer o pagamento, pela empresa, do salário-maternidade devido à segurada empregada gestante. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2003a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.710.htm

BRASIL. **Instrução Normativa DC/INSS nº 95, de 7 de outubro de 2003.** Estabelece critérios a serem adotados pelas áreas de Benefícios e de Receita Previdenciária. Diário Oficial União. Brasília, 14 out. 2003b. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-pres/inss-n-128-de-28-de-marco-de-2022-389275446>

BRASIL. **Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008.** Estende à mãe adotiva o direito à licença-maternidade e ao salário-maternidade, alterando a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2008. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10421.htm

BRASIL. **Lei nº 12.873, de 24 de outubro de 2013.** Autoriza a Companhia Nacional de Abastecimento a utilizar o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, instituído pela Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, para a contratação de todas as ações relacionadas à reforma, modernização, ampliação ou construção de unidades armazenadoras próprias destinadas às atividades de guarda e conservação de produtos agropecuários em ambiente natural. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112873.htm

BRASIL. **Lei nº 13.301, de 27 de junho de 2016.** Dispõe sobre a adoção de medidas de vigilância em saúde quando verificada situação de iminente perigo à saúde pública pela presença do mosquito transmissor do vírus da dengue, do vírus chikungunya e do vírus da zika ; e altera a Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13301.htm

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.** Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2017. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113985.htm

BRASIL. **Lei nº 13.985, de 7 de abril de 2020.** Institui pensão especial destinada a crianças com Síndrome Congênita do Zika Vírus, nascidas entre 1º de janeiro de 2015 e 31 de dezembro de 2019, beneficiárias do Benefício de Prestação Continuada (BPC). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2020. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113985.htm

BRASIL. **Instrução Normativa Pres/INSS nº 128, de 28 de março de 2022.** Disciplina as regras, procedimentos e rotinas necessárias à efetiva aplicação das normas de direito previdenciário. Diário Oficial União. Brasília, 29 mar. 2022. Seção 1, p. 132. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-pres/inss-n-128-de-28-de-marco-de-2022-389275446>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 6.327/DF.** Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5870161>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 576.967/PR.** Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2591930>

BRASIL. Conselho Federal de Medicina – CFM. **Resolução CFM nº 2.320/22.** Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2320>

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. **Cadernos de direito constitucional e ciência política**, v. 4, n. 15, p. 7-17, abr./jun. 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador:** contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direitos administrativo.** ver., ampl. e atualizada até a Lei nº 12.587, 3.1.2012. 25 ed. Ed. Atlas: São Paulo, 2012.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos humanos.** 6. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2019.

COELHO, Edihermes Marques. **Apontamentos para uma ideia de sistema constitucional (a partir do pensamento sistemático de Claus-Wilhelm Canaris).** Dissertação de Mestrado. Curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis: 1995.

COELHO, Inocêncio Mártires. Konrad Hesse: uma nova crença na Constituição. **Revista de direito público**, v. 24, n. 96, p. 164-177, out/dez. 1990. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/175869>.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Teoria geral do direito: (o Construtivismo Lógico-Semântico)**. 2009. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. 6. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2019.

CLARK, Giovani; CORREA, Leonardo Alves; NASCIMENTO, Samuel Pontes do. **Constituição econômica bloqueada: impasses e alternativas**. Teresina: EDUFPI, 2020.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. O que é um princípio. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da. (coord.). **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 15. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2022.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 6. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

DURAND, Paul. **La política contemporánea de seguridad social**. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991.

ENUNCIADO 104. **I Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/735>

ENUNCIADO 105. **I Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/736>

ENUNCIADO 111. **I Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/746>

ENUNCIADO 129. **Jornadas de Direito Civil**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>

ENUNCIADO 570. **VI Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/641>

EYDOUX, Anne; LETABLIER, Marie-Thérèse; GEORGES, Nathalie. **Les familles monoparentales en France**. Centre D'Etudes de L'Emploi, juin, 2007.

FACHIN, Zulmar. **Acesso à água potável: direito fundamental de sexta dimensão**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2012.

FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 7. ed., rev. e atual.. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 14. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2022.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. Salvador: JusPODIVUM, 2018.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Concepção de sistema jurídico no pensamento de Emil Lask**. Disponível em: <https://www.terciosampaioferrazjr.com.br/publicacoes/concepcao-de-sistema-juridico>. Acesso em: 09 de out. 2022.

FREITAS, Juarez. **Interpretação sistemática do direito em face das antinomias normativas, axiológicas e principiológicas**. 1994. Tese. Curso de Pós-graduação em Direito - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1994.

GOMES, Fábio Guedes. **Conflito Social e welfare state**. Estado e desenvolvimento social no Brasil. In: Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 40, mar./abr. 2006. p. 201-236.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 10. ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2021.

HARVEY, David. **Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural**. São Paulo: Edições Loyola, 1992.

HAYEK, Friedrich August von. **Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política**. São Paulo: Visão, 1985.

HECK, Philipp. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1947.

HERÁNDEZ, Manuela Avilés. **Origen del concepto de *monoparentalidad***. Un ejercicio de contextualización sociohistórica. Papers. Revista de Sociología 98 (2), 263-285, 2013.

HERÁNDEZ, Manuela Avilés. **Las familias monoparentales encabezadas por un hombre: manifestación sociológica de la posmodernidad**. En: Arxius de Ciències Socials, 2016, No. 34: 29.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

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

HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito previdenciário**. 11. ed. compl. ver. e ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

HORVATH JÚNIOR, Miguel; SANTOS FILHO, Osvaldo de SOUZA. A assistência social, sua efetivação enquanto política pública, o impacto da ideologia, do pensamento sistêmico através do movimento denominado ativismo judicial e sua

consequência para os destinatários da proteção social. **Revista de Direito do Trabalho**. vol. 165. p. 351-378, 2015.

JERICÓ, Pilar. **O que acontece no cérebro masculino ao se tornar pai?** Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/03/12/estilo/1489338560_361054.html#?prm=copy_link. Acessado em 15 de dezembro de 2022.

LACERDA, Carmen Sílvia Maurício de. **Famílias monoparentais: conceito. Composição. Responsabilidade**. In: Famílias no direito contemporâneo: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo. Bahia: JusPODIVM, 2010, p. 165-182.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LIMA, Francisco Meton Marques de. **Os princípios de direito do trabalho na lei e na jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2015.

LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito: das origens à escola histórica**. v. 1. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito, volume 2: o século XX**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 31. ed., atual. São Paulo: Atlas, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3 ed., 11 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 43 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. pág. 58.

NAKAYAMA, Juliana Kiyosen; SOUSA, Cinthia de. Dupla maternidade e as novas famílias no Brasil. In: BERTOLAZO, Ivana Nobre; NAKAYAMA, Juliana Kiyosen (org.). **Contexto jurídico das novas famílias do século XXI**. Londrina, PR: Thoth, 2019.

OLEA, Manuel Alonso; PLAZA, José Luis Tortuer. **Instituciones de Seguridad Social**. 14. ed. rev. Editorial Civitas S. A., 1995.

OLIVEIRA, Katia Cristine Santos de. **O salário-maternidade à luz do princípio da universalidade da cobertura e do atendimento.** Dissertação de Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica em São Paulo – PUC/SP. São Paulo, 2004.

PASTOR, José Manuel Almansa. **Derecho de la seguridad social.** 7. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1991.

PINTO, Sabrina Bonfim de Arruda. **Argumentos econômicos e sociais no âmbito do direito fundamental à Previdência Social:** limites e legitimidade. 2018. 291 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018.

RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. **O bem-estar social e o direito de patentes na seguridade social.** São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos.** 7. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2020.

RESENDE, Ricardo. **Direito do Trabalho.** 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

RITTER, Gerhard A. **Los comienzos y el desarrollo del estado social em Alemania, Europa y Estados Unidos hasta la II Guerra Mundial.** Studia Historica. Historia Contemporánea, 8. Tradução livre.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família.** 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PESSOA, Robertonio. **Direito administrativo e democracia.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

ROCHA, Daniel Machado da. **Comentários à Lei de benefícios da previdência social: Lei 8.213, de 24 de julho de 1991.** 20. ed. rev. ampl. e atual. Curitiba: Alteridade, 2022.

SALES, Ana Amélia Ribeiro. **União Homoafetiva Feminina e Dupla Maternidade – A possibilidade jurídica de Duas Mães e Um Filho ante as Técnicas de Reprodução Humana Assistida.** Ed. Juruá, 2014.

SANTOS, Agnaldo dos. **A busca da efetividade do direito previdenciário como direito fundamental social: as grandes discussões sobre o momento de crise do estado social.** Dissertação de Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica em São Paulo – PUC/SP. Orientador: Prof. Dr. Ionas Deda Gonçalves. São Paulo, 2021.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Do pós-moderno ao pós-colonial. E para além de um e outro.** In: Travessias – Revista de Ciências Sociais e Humanas em língua portuguesa. Centro de Ciências Sociais de Coimbra, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In: PINTO, Hélio Pinheiro et al. **Direitos Fundamentais e estado constitucional:** estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 213- 253.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: SaraivaJur, 2020.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed., rev. e atual. n. 48. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUZA, Hália Pauliv de. **Adoção tardia: devolução ou desistência de um filho? A necessária preparação para adoção**. Curitiba: Juruá, 2012.

STF. ADI nº 4277/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011, Dje 14.10.2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros, 2012.

TIROLI, Luiz Gustavo; FURLAN, Alessandra Cristina. **Negócios biojurídicos existenciais: a (in) eficácia do contrato de gestação substitutiva no ordenamento jurídico brasileiro**. In: PAIANO, Daniela Braga; PAVÃO, Juliana Carvalho; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resqueti Tarifa (org.). **Questões atuais dos negócios jurídicos à luz do biodireito: discussões sobre os negócios biojurídicos**. Vol. III. Londrina – PR: Thoth, 2021.

TRF-3 - Ap: 00159013120144036100 SP, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO, Data de Julgamento: 07/05/2019, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/05/2019)

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: família e sucessões**. – 20. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

VENTURI, Augusto. **Los fundamentos científicos de la Seguridad Social**. Madri: Ministério de Trabajo y Seguridade Social, 1995.

VIANNA, Cláudia Salles Vilela. **Previdência social: custeio e benefícios**. 2. ed. São Paulo: Ltr, 2008.

VIANNA, José Ernesto Aragonés. **Direito previdenciário**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2022.

ZAMBITTE, Fábio. **A previdência social como direito fundamental**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. 2. Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 1053-1082.