

A inconstitucionalidade do §5º do artigo 93 do Decreto 3.048/99

Edivan Bertin*

Inicialmente temos que buscar os ensinamentos de Hans Kelsen[1], a fim de embasar nosso raciocínio jurídico para o caso concreto. Kelsen em sua concepção teórica de maior alcance prático, define o ordenamento jurídico como sendo um conjunto hierarquizado de normas jurídicas estruturadas na forma de uma pirâmide abstrata, pontuada e dominada pela Constituição do Estado, que subordina as demais normas jurídicas de hierarquia inferior (as diversas leis infraconstitucionais e os outros atos normativos).

Desta concepção teórica é que se extrai o conceito de rigidez constitucional, o que vem a possibilitar e a exigir um sistema de tutela da integridade da Constituição.

Seguindo esta premissa, sabemos que o ordenamento jurídico pátrio recepciona este entendimento, assim sendo, a nossa Constituição Federal promulgada em 05 de outubro de 1988, deve ser respeitada por estar no cume desta pirâmide abstrata hierárquica, prevalecendo sobre as demais legislações infra-constitucionais.

O artigo 201 em seu “caput” estabelece que “A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:”

E em seu inciso segundo define a “proteção à maternidade, especialmente à gestante;”

O artigo 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal de 1988, encontra-se inserido no Título II “Dos direitos e garantias fundamentais”, Capítulo II “Dos direitos Sociais” definindo a “Licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;”

O legislador originário manifestou expressamente no texto constitucional o período de fruição para o salário-maternidade, garantindo às “gestantes” em cento e vinte dias.

Contudo, o §5 do artigo 93 do Decreto 3.048/99 define que “em caso de aborto não criminoso, comprovado mediante atestado médico, a segurada terá direito ao salário-maternidade correspondente a duas semanas.”

É nítida a afronta ao texto constitucional, uma vez que o § 5º do artigo 93 do Decreto 3.048/99 subtrai das seguradas 105 (cento e cinco) dias de fruição do salário-maternidade devido às gestantes que sofrem um aborto de forma não criminoso.

Segundo Hans Kelsen, esta situação jurídica seria insustentável para o ordenamento jurídico estruturado através da pirâmide abstrata, formando um conjunto normativo hierarquizado, onde o texto constitucional pertence ao cume sobrepondo às demais normas infra-constitucionais.

Devemos enfatizar que o legislador originário garantiu a proteção às gestantes de um modo geral não se preocupando com o resultado oriundo da gestação, seja ele um aborto ou um parto. O § 5º do Decreto 3.048/99 trata do resultado oriundo do processo de gestação, diferentemente do texto constitucional onde garante cento e vinte às gestantes.

Antonio Ferreira Cesarino Júnior[2], define que a expressão maternidade compreende, em realidade, quatro fases da vida da mulher; a gestação, o parto, o puerpério e a lactação.

O legislador constitucional atribuiu a fase de gestação o momento jurídico em que a mulher adquire seu direito ao salário-maternidade descrito no art. 7º, inciso XVIII e artigo 201, inciso II da Constituição Federal de 1988.

Contudo, há também quem entenda que na realidade encontre cinco fases, ou seja, concepção, gestação, parto ou aborto, puerpério e a lactação. Em cada fase existe uma proteção legal, no entanto, o direito a vida é protegido desde a sua concepção, momento em que erige as sanções da norma penal.

É primário que para a ocorrência de um aborto ou parto a mulher necessariamente tenha passado pelo processo de gestação e é exatamente esta condição que foi acolhida pelo ordenamento jurídico pátrio em sua Carta Magna, a qual recebe a proteção constitucional do legislador originário, garantido a todas as mulheres o direito público subjetivo ao salário-maternidade por cento e vinte dias.

Observemos esta relação jurídica concreta e particular, onde as seguradas na condição de gestantes detém o direito público subjetivo de exigir sua prestação previdenciária, enquanto direito social, na modalidade de benefício, pelo prazo de cento e vinte dias de acordo como o texto constitucional.

Miguel Horvath Júnior[3] afirma:

“O salário-maternidade é direito público subjetivo, já que a proteção à maternidade, especialmente à gestante, é garantida como direito oponível perante o Estado (através da Autarquia que dirige o regime geral de previdência social), criando obrigação do Estado providenciar o benefício previdenciário sempre que se esteja diante da contingência social objeto da tutela.”

Podemos perceber um certo preconceito por parte de nossa sociedade no que diz respeito ao aborto não criminoso, refletido em nossa legislação infra-constitucional, a fim de se processar de forma tão desigual a proteção às mulheres brasileiras que se encontram na mesma condição jurídica (gestação), discriminadas, ou melhor, desamparadas ao serem

vítimas de um aborto, mesmo que criminalmente esta atitude seja tipificada como uma excludente da antijuridicidade.

O fato da legislação previdenciária estabelecer dentro do salário-maternidade períodos de fruição diferenciados para mulheres em processo gestacional, oriunda de uma maternidade biológica ou natural, posteriormente acometidas por aborto não criminoso e para mulheres que chegam ao parto, leva-nos a entender que este dualismo fere o princípio da isonomia.

Para aqueles que não vilumbram que estes prazos distintos ferem o princípio da isonomia, posto que as seguradas objetivamente têm uma situação diferenciada, não impossibilitando que a lei ou uma disposição com teor e valor de lei possa estabelecer estas diferenciações, analisemos o assunto com mais profundidade:

Miguel Horvath Júnior[4] entende que “ em relação ao princípio da isonomia, o que a Constituição Federal proíbe é a discriminação subjetiva”, ou seja, adotar regras diferentes para situações iguais.

De fato é exatamente o que ocorre no caso em comento, uma vez que o princípio da isonomia é nitidamente ferido por uma discriminação subjetiva, uma vez que o artigo 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal estabelece que a “licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias”.

Qual a situação jurídica eleita pelo legislador originário para que todas as mulheres brasileiras detivessem o mesmo direito subjetivo público de pleitear seus direitos oriundos da norma constitucional?

A situação de fato eleita é ser gestante, portanto, todas as mulheres brasileiras que se encontrem nesta mesma situação devem receber por parte da legislação pátria o mesmo tratamento, sob pena de ferir o princípio da isonomia.

Assim, não podemos aceitar que a legislação infra-constitucional, §5º do artigo 93 do Decreto 3.048/99, estabeleça esta discriminação estipulando que em “caso de aborto não criminoso, comprovado mediante atestado médico, a segurada terá direito ao salário-maternidade correspondente a duas semanas”.

O legislador infra-constitucional aplica prazos de fruição diferenciados para seguradas que se encontram na mesma situação jurídica protegida pelo legislador originário e ainda elege quem serão detentoras do exercício deste direito, a fim de que possam requerer junto ao Órgão Previdenciário seu benefício de salário-maternidade.

Não podemos aceitar este manifesto ato de desrespeito ao texto constitucional hierarquicamente superior e detentor do mais alto grau de respeito dentro do ordenamento jurídico, tendo como seu guardião o Supremo Tribunal Federal.

Toda mulher que se encontrar na situação de gestante tem o seu direito subjetivo público de exigir o salário-maternidade por cento e vinte dias, não importando se da gestação resultar um parto ou um aborto ocorrido de forma não criminoso.

Pensar diferente é estabelecer uma discriminação subjetiva à estas seguradas contrariando o princípio da isonomia.

Por estas razões entendemos que o princípio da isonomia, no caso em comento, foi nitidamente mutilado pela norma infra-constitucional, ao estabelecer prazos de fruição diferenciados para seguradas que detém o mesmo fato gerador da prestação previdenciária hoje denominada por salário-maternidade, por se encontrarem na mesma situação de fato: gestante.

A qual encontra-se devidamente custeada pela Lei 7.787/89, em que assegura a fonte de custeio para pagamento total dos cento e vinte dias do salário-maternidade pela Previdência Social, a partir de 1º de setembro de 1989, data do início de sua vigência, segundo o Enunciado n. 2 do Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS).

São por estas razões nos levam a entender que a inserção do aborto como fato gerador da prestação previdenciária de salário-maternidade não está bem definida em nossa estrutura normativa previdenciária, estamos claramente prejudicando estas mulheres trabalhadoras vitimadas por um aborto.

A estipulação de prazos diferenciados de fruição para a prestação do salário-maternidade tendo em vista o resultado da concepção e não a condição jurídica de gestante, artigo 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal, não só atropela o princípio da isonomia, como também o objetivo constitucional da universalidade da cobertura e do atendimento descrito no inciso I do parágrafo único do artigo 194[5] de nossa Constituição Federal de 1988.

O constituinte originário definiu com clareza os objetivos da seguridade social, dentre eles o mais importante é o da universalidade da cobertura e do atendimento uma vez que encontra-se positivado em nossa Lei Maior, contaminando todo o instrumental sistema de proteção social.

O objetivo constitucional expresso neste artigo declara que deve-se universalizar, ou seja, tornar universal, generalizar, tornar comum a cobertura dos riscos sociais protegidos pelo sistema de seguridade social, o que de fato não vem sendo respeitado nos casos de aborto não criminoso onde a mulher trabalhadora recebe sua prestação previdenciária de forma incompatível com seu real estado de saúde, seja físico ou mental, acarretando uma inócua proteção social, tendo em vista seu curto prazo de fruição (duas semanas), comprometendo a estrutura jurídica do sistema de seguridade social brasileiro.

Observando nosso tema abordado sob a ótica da dupla significação do que realmente representa o objetivo da universalidade da cobertura e do atendimento, como bem definiu o Professor Doutor Wagner Balera[6], vislumbramos claramente o ponto central de desrespeito ao texto constitucional.

A universalidade da cobertura é violada por ter o aborto não criminoso um deficiente tratamento dentro do arcabouço jurídico de proteção social, uma vez que desvirtua a

proteção social almejada em todas as situações da vida que possam gerar uma necessidade social.

A universalidade do atendimento é violada pelo fato da prestação fornecida pelo sistema de seguridade social não universalizar este atendimento às gestantes, de um modo geral, a fim de que toda e qualquer mulher que se encontre nesta mesma situação jurídica, (gestante), receba a idêntica proteção do sistema de seguridade social, ou seja, salário-maternidade por 120 (cento e vinte) dias, conforme a exegese do texto constitucional artigo 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal.

[1] Hans Kelsen (11 de outubro de 1881, Praga — 19 de abril de 1973, Berkeley, EUA) foi um jurista austro-húngaro nascido em Praga, então parte do Império Austro-Húngaro, extinto após a Primeira Guerra Mundial.

[2] Antonio Ferreira Cesarino Júnior, Seguro-Maternidade em Direito Comparado, p. 76.

[3] Júnior, Miguel Horvath, Salário-Maternidade – São Paulo – Editora Quartier Latin, 2004, p. 83.

[4] Júnior, Miguel Horvath, Salário-Maternidade – São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 89.

[5] Art. 194 da CF/88 “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa do Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I – universalidade da cobertura e do atendimento.”

(...)

[6] Balera, Wagner. Noções Preliminares de Direito Previdenciário – São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 83.

*Bacharel em Direito pela Universidade Paulista UNIP - campus - SOROCABA.
Especialista em Direito Previdenciário pela Escola Paulista de Direito – EPD

Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=232>. Acesso em: 14 mai. 2007.