

A CONCESSÃO DO SALÁRIO-MATERNIDADE ÀS FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS

THE GRANT OF MATERNITY BENEFIT TO HOMO-AFFECTIVE FAMILIES

Caroline Coelho¹

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo a análise dos direitos previdenciários destinados aos casais homoafetivos e seus filhos adotivos, especialmente, a concessão do salário-maternidade, diante da aplicação do princípio da igualdade e do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar. A importância deste estudo se mostra relevante, já que explora um tema escasso de pesquisas. Ademais, com a conquista dos direitos relativos ao reconhecimento da união estável formada por pessoas do mesmo sexo, sobretudo, após o julgamento da ADI nº 4277/DF pelo Supremo Tribunal Federal, questionamentos relacionados ao direito previdenciário serão cada vez mais frequentes. O estudo dos direitos homoafetivos deu-se por meio de pesquisas doutrinárias e de entendimentos jurisprudenciais, a fim de atingir as conclusões do tema proposto. Os resultados encontrados reportam a possibilidade da concessão de todos os benefícios e serviços existentes na seguridade social às famílias homoafetivas, uma vez que estes possuem iguais direitos aos casais heterossexuais.

PALAVRAS-CHAVE: Homoafetivo. Adoção. Igualdade. Família. Previdenciário. Social Security Benefits

ABSTRACT: *The aims of this study is to analyze the pension rights for homoffective couples and their adopted children, especially, the granting of maternity salary, on the application of the equality principle and the recognition of homosexual couples union as a family entity. The study shows relevant importance, since it explores a scarce research theme. Moreover, with the conquest of rights relating to the recognition of stable union formed by people of the same sex, especially after the trial of ADI No. 4277/DF by the Supreme Court, questions related to the social security law will be increasing frequently. The study of homosexual rights was made through doctrinal research and jurisprudential understandings in order to reach the conclusions of the theme. The results report the possibility of granting all benefits and services existing in the social security for the homoffective families, since these have equal rights such as the heterosexual couples.*

KEYWORDS: *Homoffective. Adoption. Equality. Family. Pension.*

¹ Especialista em Direito Previdenciário (HGA). E-mail: carolinecoelho1@yahoo.com.br

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto o estudo voltado ao princípio da igualdade e aos direitos previdenciários destinados às famílias homoafetivas, especialmente, a concessão do salário-maternidade, segundo o estudo e a análise doutrinária, jurisprudencial e legislativa, especialmente em relação à Constituição Federal de 1988 e à Lei 8.213, de 24 de julho de 1991.

O tema é atual e relevante, tendo em vista a propagação dos direitos homoafetivos, especialmente, após o julgamento da ADI nº 4277/DF pelo Supremo Tribunal de Justiça, segundo o qual, reconheceu como entidade familiar, a união estável formada por casais do mesmo sexo.

Para encetar a investigação adotou-se o método indutivo, operacionalizado com as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais e da pesquisa de fontes documentais. Para relatar os resultados da pesquisa, empregou-se o método dedutivo.

O trabalho foi dividido em dois capítulos. O primeiro tratará acerca do novo conceito de família, do reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar, da possibilidade de adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos e da aplicação do princípio da igualdade na Seguridade Social.

No segundo capítulo serão abordadas considerações iniciais acerca do salário-maternidade, segundo a legislação previdenciária e a possibilidade ou não da concessão do benefício às famílias homoafetivas.

Nas considerações finais apresentam-se breves sínteses de cada capítulo e a importância do tema proposto, ressaltando as conclusões obtidas por meio do estudo realizado no decorrer da elaboração do presente trabalho.

2 O NOVO CONCEITO DE FAMÍLIA

2.1 NOÇÕES GERAIS

A família brasileira sofreu consideráveis mudanças ao longo dos anos. Tais transformações ocasionaram no surgimento de novo conceito de família, diferente daquele tradicionalmente conhecido, formado por um homem, uma mulher, por meio do casamento, e seus respectivos filhos.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, estendeu o conceito de família e

reconheceu a união estável existente entre homem e mulher como entidade familiar, além de garantir a proteção do casamento civil ou religioso para efeitos civis e da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Para conceituar a união homoafetiva, buscam-se as lições delineadas pelo doutrinador Wladimir Novaes Martinez que a define como uma “convivência constante de duas pessoas juridicamente capazes, do mesmo sexo, objetivando a mútua assistência e constituir uma família, baseada no respeito recíproco dos seus componentes”.

De antemão, pode-se afirmar que o conceito de entidade familiar está muito além daquele expressamente previsto pelo legislador. Embora sempre tenha existido, a união estável entre pessoas do mesmo sexo está ganhando grande destaque social.

Nas palavras da estudiosa Maria Berenice Dias, a Constituição Federal negou a existência de união estável entre pessoas do mesmo sexo, mostrando-se claramente discriminatória:

Nessa nova passagem, não mais se distingue a família pela existência do matrimônio, solenidade que deixou de ser o único traço diferencial para sua conceituação, pois o art. 226, §3º, da Constituição Federal reconhece como entidade familiar a união estável formada entre um homem e uma mulher. Segundo a clara dicção de tal dispositivo, para que a convivência seja digna da proteção do Estado, impõe-se a diferenciação de sexos do casal, previsão que ignora a existência de entidades familiares formadas por pessoas do mesmo sexo. Assim, não se pode deixar de ter por nitidamente discriminatória a indigitada norma, que fez uma distinção odiosa contrariando o princípio da igualdade, que, desde o frontispício da Constituição, veda diferenciar pessoas em razão do sexo.

Para mesma doutrinadora, a omissão do legislador muitas vezes foi interpretada para se excluir a possibilidade do reconhecimento das uniões homoafetivas. “Ou seja, a ausência de previsão legal não possibilitaria o reconhecimento de quaisquer direitos”.

Pode-se dizer, em poucas palavras que, “para configuração de uma entidade familiar, não mais é exigida, como elemento constitutivo, a existência de um casal heterossexual, com capacidade reprodutiva”. Assim, é necessário afastar-se dos paradigmas originários, como casamento, sexo e procriação, para poder compreender o novo conceito de família.

Portanto, o conceito de entidade familiar ultrapassa daquele previsto pelo legislador e passa abranger também as uniões estáveis entre casais do mesmo sexo, pois estas merecem igual proteção do Estado.

2.2 DO RECONHECIMENTO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS COMO ENTIDADE FAMILIAR

Conforme já visto, o conceito de entidade familiar se estendeu diante da realidade brasileira, passando a abranger também as uniões formadas por pessoas do mesmo sexo.

Na árdua luta pela igualdade, a doutrinadora Maria Berenice Dias criou o neologismo “homoafetiva”, utilizado constantemente pelos estudiosos do direito, buscando afastar a carga de preconceito contida na palavra homossexualismo.

Com pesar, as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo ainda causam repulsas e hostilidade em algumas pessoas. Porém, o fato é que toda entidade familiar, independente de sua formação, deve ser respeitada, como também a opção sexual de cada indivíduo. E o respeito à liberdade sexual está diretamente ligada ao reconhecimento das uniões homoafetivas.

No âmbito previdenciário, o ponto fulminante do reconhecimento da união estável aos casais do mesmo sexo, se deu pela Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, que tramitou na Terceira Vara Federal Previdenciária de Porto Alegre, da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul, por meio da qual restou reconhecida a união homossexual para fins previdenciários.

A partir dessa decisão, o INSS tem reconhecido, na esfera administrativa, o direito do parceiro do segurado do mesmo sexo, ao benefício de auxílio-reclusão e pensão por morte, desde que comprovada a união estável e a dependência econômica, regulamentada pela Instrução Normativa INSS PR nº 11/2006. Com base na Instrução Normativa INSS nº 15/2007, o INSS dispensou a prova de efetiva dependência econômica para comprovação da união estável.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, pelo julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 4277/DF, julgada em conjunto com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº 132/RJ, reconheceu a equiparação de união estável entre pessoas do mesmo sexo à entidade familiar, preconizada pelo art. 1.723 do Código Civil.

Os fundamentos das ações propostas se pautaram nos princípios constitucionais da dignidade do ser humano, da igualdade, da liberdade, da vedação à discriminação por motivo de sexo, raça, cor e da proteção à segurança jurídica.

Em seu voto, o ministro-relator Ayres Brito assim se manifestou:

Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme a Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas conseqüências da união estável heteroafetiva.

Por meio da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, os homoafetivos passam a ter reconhecido todos os direitos inerentes da união, por exemplo: receber pensão alimentícia, ser incluído como dependente nos planos de saúde, poderão adotar filhos e registrá-los em seu nome e ter garantido o direito à herança.

Em outras palavras, pode-se dizer que não há mais distinção entre os casais heterossexuais e homossexuais. Uma vez cumprido os requisitos da união afetiva pública, contínua e duradoura, com o intuito de constituir uma família, os casais formados por pessoas do mesmo sexo passam a ter a mesma proteção do Estado.

2.3 ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS

A adoção, de acordo com o art. 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente, atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

Sob o prisma do art. 42, § 2º se limita em estabelecer que “Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família”.

E, nas diretrizes tomadas pelo art. 43 do mesmo ordenamento jurídico, prioriza justamente o melhor interesse do menor, estabelecendo que a adoção somente será deferida quando resultar em reais vantagens para o adotado e estiver pautada em motivos legítimos.

Por sua vez, a Constituição Federal, art. 3º, IV veda a discriminação entre pessoas em função da origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Assim, pode-se afirmar que a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil não trazem qualquer proibição à adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos.

Como bem salienta Artur Marques da Silva Filho, “não havendo nenhuma disposição legal que impeça a adoção de crianças ou adolescentes por homossexuais, negá-la com base na orientação sexual, tão-somente, equivaleria a proceder a uma distinção que a própria Carta Magna veda terminantemente”.

É de se levar em conta que a Constituição Federal:

Busca evitar discriminações oriundas de preconceitos não toleráveis com a evolução dos direitos e garantias fundamentais do ser humano. A CF não estabelece que família deve ter origem em uma união heterossexual, tampouco que a adoção será proibida, ou deverá ser evitada, com relação a casais do mesmo sexo.

Ademais, após o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 4277, a união estável entre pessoas do mesmo sexo passou a ser efetivamente reconhecida como entidade familiar, não podendo haver qualquer discriminação em função da opção sexual.

Aliás, “vivendo os parceiros – ainda que do mesmo sexo – uma verdadeira união estável, legítimo o interesse de adoção, não se podendo deixar de ver a existência de reais vantagens ao menor”.

O modelo ideal de família não é medido pela opção sexual, e sim pelas reais condições dos adotantes em oferecer à criança ou ao adolescente toda estrutura para o seu saudável crescimento.

Dessa forma, faz-se necessário enfatizar que a adoção “não pode estar condicionada à preferência sexual ou à realidade familiar do adotante, sob pena de infringir-se mais sagrado cânone do respeito à dignidade humana, que se sintetiza no princípio da igualdade e na vedação de tratamento discriminatório de qualquer ordem”.

Em referência às sábias palavras de Sílvio de Salva Venosa, “a adoção, vista como um fenômeno de amor, afeto e desprendimento, deve ser incentivada pela lei”. E, assim sendo, a inserção da criança ou adolescente no seio de uma família estruturada, independente da opção sexual dos adotantes, constitui o melhor interesse do menor.

2.4 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE NA SEGURIDADE SOCIAL

Primordialmente, oportuno esclarecer que princípios são “fundamentos, proposições básicas, típicas, que condicionam todas as estruturações subsequentes. São alicerces da ciência, enquanto ideias jurídicas materiais são manifestações especiais da ideia de Direito”.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhe o espírito e irradiando lógica e racionalidade, no que lhe confere a tônica lhe dá sentimento harmônico.

Outra não é a linha de pensamento de Roque Antônio Carraza que define princípio como um “enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam”.

Na Seguridade Social, os princípios têm grande relevância e são aplicáveis não somente aqueles específicos à matéria, esculpidos na Constituição de 1988 e na legislação

infraconstitucional, mas também, alguns princípios gerais do direito.

No caso em testilha, destaca-se, especialmente, o princípio da igualdade, o qual merece ser detalhadamente analisado, pois, para a compreensão do tema proposto neste trabalho, o seu estudo se faz primordial.

O princípio da igualdade está esculpido no art. 5º da Constituição de 1988, do qual dispõe: “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”.

Em comentário ao artigo supracitado, os doutrinadores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery destacam:

A igualdade de todos perante a lei é garantida pela CF, projetando-se também no plano do direito Processual Civil, onde significa que os litigantes devem receber do juiz tratamento igualitário (CPC 125 I). Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais, na exata medida de suas desigualdades. Igualdade no sentido de garantia constitucional fundamental quer significar isonomia real, substancial e não meramente formal.

Não se pode deixar de mencionar as considerações trazidas pelo estudioso Wladimir Novaes Martinez: “Deve-se entendê-lo como direito em potencial à utilização das coisas criadas pelos homens; não deve significar todos serem iguais, mas, se quiserem, terão direitos iguais à sua disposição”.

Nesse mesmo sentido, Hélio Gustavo Alves salienta:

[...] a igualdade é um direito fundamental; mais ainda, é um princípio universal estampado na Declaração Universal e em inúmeros tratados, com o principal objetivo de igualar os privilegiados com os desprivilegiados para estes terem os mesmos direitos, deveres e garantias fundamentais [...].

O princípio da igualdade nos conduz ao tratamento igualitário a todas as pessoas, independente de sua raça, sexo, religião, opção sexual, entre outros fatores. Assim, seguindo as sábias e conhecidas palavras de Rui Barbosa, o princípio ora debatido compreende em “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que eles se desiguam”.

O desenvolvimento do presente trabalho nos leva ao conhecimento dos direitos previdenciários destinados às famílias homoafetivas. E para a concretização dos direitos ora sugeridos, é necessário absorver a essência que o princípio da igualdade nos conduz e compreender a isonomia no tratamento entre casais homoafetivos e casais heterossexuais.

Sobre a ótica da Constituição Federal, os casais homoafetivos possuem os mesmos direitos que os casais constituídos por pessoas de sexo oposto. Aliás, conforme já exposto, a

união homoafetiva já é reconhecida como entidade familiar.

Nesse sentido, Wladimir Novaes Martinez esclarece: “Os homossexuais não são iguais aos heterossexuais, mas se estes podem se casar aqueles também”.

Sendo uma família, possuem o direito na adoção de crianças e adolescentes, sem que haja qualquer distinção ou até mesmo preferências em relação aos casais héteros. Assim, uma vez reconhecida a maternidade ou paternidade dos homoafetivos, seus filhos terão iguais direitos provenientes da seguridade social.

Pode-se afirmar, portanto, que o princípio da igualdade é a base de entendimento para uma sociedade mais evoluída, justa e igualitária, em que “as regras ordinárias devem estar embebidas deste princípio, sob pena de se tornarem letra morta, ou serem banidas do ordenamento”.

3 A CONCESSÃO DO SALÁRIO-MATERNIDADE ÀS FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Previdência Social tem como finalidade garantir meios de sobrevivência dos segurados e seus dependentes na ocasião de intempéries elencadas pela legislação, as quais incorram na perda ou redução de sua remuneração, de forma temporária e permanente.

Para cumprir sua finalidade, a previdência social dispõe de benefícios e serviços definidos em lei, dos quais substitui a remuneração do segurado ou ainda visa complementação, como é o caso do salário-família.

Alguns desses benefícios são destinados também à família homoafetiva, composta pelos companheiros do mesmo sexo e seus filhos adotivos. E, conforme anteriormente exposto, hoje, é efetivamente permitido a adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos.

Sendo reconhecida a união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, não há razão para não estender os benefícios destinados aos dependentes, também para os companheiros do mesmo sexo.

Os benefícios de pensão por morte e auxílio-reclusão estão sendo deferidos ao companheiro homoafetivo, desde que comprovada a união estável.

Neste tópico, trataremos, especialmente, a concessão do salário-maternidade em caso de adoção de criança por casais homoafetivos, o qual passamos a descrevê-lo:

3.2 DO SALÁRIO-MATERNIDADE

Segundo o art. 71 da Lei 8.213/91, o salário-maternidade é devido à segurada, durante 120 dias, com início no período entre 28 dias antes do parto e data da ocorrência deste. O benefício é devido às seguradas empregadas, avulsas, empregadas domésticas, contribuintes individuais, facultativa, seguradas especiais e desempregadas, desde que esteja dentro de período de graça.

Em casos excepcionais, o período anterior ou posterior ao parto pode ser aumentado por mais duas semanas, mediante atestado médico. Nos casos de aborto não criminoso, a segurada terá direito ao salário-maternidade correspondente a duas semanas. Considera-se parto o nascimento ocorrido a partir da 23ª semana de gestação, inclusive em caso de natimorto.

Com a promulgação da lei 10.421/2002, o benefício foi estendido também à segurada que adotar ou obtiver a guarda judicial para fins de adoção pelo período de 120 dias, se a criança tiver até 1 ano de idade, 60 dias, se a criança tiver entre 1 a 4 anos completos e de 30 dias, a partir dos 4 anos até completar 8 anos.

Por oportuno, se faz necessário informar que algumas decisões judiciais estão sendo proferidas para o salário-maternidade ser concedido pelo prazo de 120 dias, independente da idade da criança adotante, em face da aplicação do princípio da igualdade.

O salário-maternidade é devido à mãe adotante independentemente de a mãe biológica ter recebido o mesmo benefício quando do nascimento da criança.

No caso de adoção ou de guarda judicial para adoção de mais de uma criança, é devido um único salário-maternidade relativo à criança de menor idade. Quando houver emprego concomitante, a segurada fará jus ao benefício relativo a cada emprego.

O salário-maternidade não pode ser acumulado com benefício de incapacidade. As aposentadas que retornarem à atividade terão direito ao benefício

A carência do salário-maternidade dependente da categoria em que a segurada está inscrita. Para as contribuintes individuais, especiais e facultativas são exigidas 10 contribuições mensais para a concessão. As seguras empregadas, inclusive a doméstica, e as trabalhadoras avulsas estão dispensadas da carência.

A renda mensal do benefício para segurada empregada ou trabalhadora avulsa consistirá em uma renda mensal igual a sua remuneração integral.

De acordo com o art. 101 do Decreto 3.048/99, o salário-maternidade consistirá:

- I - em valor correspondente ao do seu último salário de contribuição, para a segurada empregada doméstica;
- II - em um salário-mínimo, para a segurada especial;
- III - em um doze avos da soma dos doze últimos salários de contribuição, apurados em período não superior a quinze meses, para as seguradas contribuinte individual, facultativa e para as que mantenham a qualidade de segurada na forma do art. 13.

No caso de segurada empregada, o salário-maternidade será pago diretamente pela empresa, efetivando-se a compensação na ocasião do recolhimento das contribuições incidentes na folha de pagamento e demais rendimentos pagos ou creditados. Para as demais seguradas, inclusive as Trabalhadoras avulsas e empregadas do microempreendedor e no caso de adoção, será pago diretamente pela Previdência social.

3.3 DA EXTENSÃO DO SALÁRIO-MATERNIDADE NO CASO DE ADOÇÃO POR CASAS HOMOAFETIVOS

Como já explanado, a união estável entre pessoas do mesmo sexo também passou a ser reconhecida como entidade familiar que, em atenção ao princípio da igualdade, não poderão sofrer qualquer discriminação em relação aos casais heterossexuais.

Assim, os casais homoafetivos conquistaram, especialmente, o direito em adotar crianças e adolescentes e proporcionar-lhes condições necessárias para desenvolvimento do menor.

Embora o tema se apresente muito recente e existem ainda poucos entendimentos doutrinários, pergunta-se: no caso de adoção por casal homoafetivo, e sendo a união reconhecida como entidade familiar, sem que haja discriminação, é possível a concessão de salário-maternidade para os homoafetivos?

A questão realmente mostra-se relevante, pois com a constante conquista dos direitos homoafetivos, questionamentos como esses, serão frequentemente enfrentados. Para responder o questionamento proposto é necessário analisar o real objetivo e o bem protegido na concessão do salário-maternidade.

Uma das finalidades do salário-família é a proteção da segurada por ocasião do parto, tanto é que é reconhecido o direito ao benefício por ocasião de aborto não criminoso. Neste caso em específico, a recuperação da segurada está efetivamente sendo protegida pela Previdência Social. Por ora, a proteção que se busca é da mulher, do trabalho feminino e do parto.

Para Miguel Horvath Junior, o salário-maternidade num primeiro momento busca a

proteção do trabalho feminino e, posteriormente, o tratamento igualitário do homem e da mulher.

Contudo, a proteção não é assegurada tão somente à segurada gestante, como também à criança e ao período de adaptação familiar. Em casos de adoção, as seguradas adotantes terão o mesmo direito ao benefício.

Aqui, o que se sobrepõe é o período de adaptação entre a mãe e a criança, pois não há ocorrência de parto. E mesmo que mãe biológica receba o salário-maternidade, não excluirá o direito da mãe adotiva ao recebimento do benefício.

Mais adiante, Miguel Horvath Junior complementa: “É concedido visando à proteção da mulher, bem como a proteção do filho. Este benefício projeta forte impacto na manutenção do pacto de gerações, porém o titular de direito é a segurada”.

Em particular, na adoção, o salário-maternidade visa exclusivamente garantir a adaptação entre a criança e família, representada pela figura materna. “Nessa linha, assegurar à trabalhadora adotante os direitos à licença-maternidade e ao salário-maternidade é uma forma de se alcançar a melhora de sua condição social”.

A adoção “no direito positivo pátrio é realidade psicológica, social e jurídica. A única diferença é que o liame que une adotante ao adotado não é biológico, e sim jurídico”.

Ademais, a norma estabelecida no art. 227, § 6º da Constituição Federal estabelece que: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Ainda que a beneficiária do salário-maternidade seja a mãe segurada, não se pode negar que o benefício é estendido à criança que permanece na presença da mãe durante o período de adaptação e dos primeiros cuidados.

Partindo dessas premissas, o casal homoafetivos formado por homens ou por mulheres terão iguais direitos ao salário-maternidade. Negar-lhes o benefício é contrariar o princípio da igualdade que proíbe qualquer discriminação e ainda, é negar a vigência do art. 227 da Constituição Federal, pelo qual prevê iguais direitos entre filhos havidos no casamento e adotivos.

Claro, seria razoável que apenas um dos companheiros receba o benefício, pois, ao contrário, seria o mesmo que permitir que o pai, numa relação heterossexual, usufrua com a mãe do mesmo benefício.

Ainda, é de destacar que o salário-maternidade deve ser igualmente concedido aos casais masculinos, ainda que a denominação nos remeta à figura feminina, não se pode negar que seus filhos possuem os mesmos direitos pelos mesmos motivos.

Fábio Zambitte Ibrahim já se manifestou acerca da concessão do salário-maternidade ao segurado, no caso de adoção monoparental:

Também peca a Lei n.º 10.421/02 ao estender o benefício do salário-maternidade apenas à segurada adotante. Ainda que se justifique a restrição na adoção por segurado e segurada, já que já tem benefício (assim como na gestação), não há razão para excluir-se o segurado adotante, quando na adoção monoparental.

Nesse sentido, Fabiana e Rosemary cita um caso relevante e inédito na justiça brasileira, pela qual concedeu licença-maternidade a um advogado baiano, após a adoção de seu filho. Tal ocorrência mostra-se o início na busca pelo direito e pela aplicação do princípio da igualdade.

A partir do reconhecimento da união estável formados por pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, pelo julgamento da ADI 4722/DF, é necessário estendê-lo não somente no âmbito civil, assim como em todos os parâmetros, inclusive no previdenciário.

A igualdade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal deve ser efetivamente aplicada, sob pena de padecer em retrocesso social e a ineficácia do julgamento proferido.

O filho adotivo do casal homoafetivo tem igual direito relativo à segurada, mãe adotante, que recebe salário-maternidade para dedicar-se aos cuidados do filho e o período de adaptação dele no seio familiar.

Nesse sentido, com muita maestria, destaca-se o seguinte posicionamento:

Se os filhos devem ser tratados de forma igual, os direitos dos pais e/ou mães que os envolvam deve também traduzir essa isonomia substancial. Em outras palavras, não deve haver distinção se a família adotante é formada a partir de um pai ou uma mãe, uma união heterossexual ou homoafetiva com dois homens ou duas mulheres. O direito ao afastamento de 120 dias deve ser concedido qualquer que seja o sexo do adotante; afinal, tal direito tem dois destinatários: o adotante, que deverá cuidar da criança, garantindo-lhe segurança e bem-estar, além de se adequar à nova rotina, e o adotado, que precisará de condições para se integrar à nova família.

Ademais, a legislação já progrediu, a fim de prever a possibilidade de concessão do salário-maternidade no caso de adoção e, seguindo a teoria tridimensional do direito introduzida por Miguel Reale, pela qual considera o fato, o valor e a norma, deve avançar ainda mais para cobrir a nova realidade social, na qual se reconhecem as uniões homoafetivas como entidades familiares, em todas as áreas do direito.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo investigar, à luz da legislação, da doutrina e da jurisprudência, especialmente, após o julgamento da ADI n.º 4277/DF pelo Supremo Tribunal

Federal, a possibilidade da concessão do salário-maternidade às famílias homoafetivas, composta pelo casal homoafetivo e seus filhos adotivos.

O interesse pelo tema abordado deu-se em razão de sua atualidade e pela diversidade de modo que o tema vem sendo abordado no contexto nacional, bem como pela escassez de pesquisas sobre o assunto.

Para seu desenvolvimento lógico o trabalho foi dividido em dois capítulos.

O primeiro capítulo abordou questões relativas ao novo conceito de família, na qual se estendeu para abranger a união estável formada por pessoas do mesmo sexo. Esclareceu-se ainda que, a união homoafetiva é reconhecida como entidade familiar, cuja prerrogativa restou confirmada pelo Supremo Tribunal de Justiça, pelo julgamento da ADI nº 4277/DF.

Ainda no primeiro capítulo, mostrou-se a possibilidade de adoção aos casais homoafetivos, não podendo haver qualquer preferência na adoção em relação aos casais heterossexuais, desde que apresentado todos os elementos necessários para proporcionar à criança e ao adolescente, condições necessárias a um saudável crescimento.

No segundo capítulo, abordou-se que a possibilidade da concessão do salário-maternidade à família homoafetiva, inclusive aquela formada por dois homens.

Com a elaboração do trabalho, concluiu-se que, após a pronúncia do Supremo Tribunal Federal, por meio do julgamento da ADI nº 4277, a união estável formada por pessoas do mesmo sexo passou a ser reconhecida como entidade familiar, tendo os companheiros dessa união os mesmos direitos em relação à união heterossexual.

Além disso, verificou-se que a proteção oriunda do salário-maternidade está muito além do parto, da adoção e da guarda para fins de adoção. O bem jurídico aqui protegido está relacionado à proteção do parto e do período de adaptação da criança no seio familiar, tanto é que é possível a concessão do benefício por ocasião de adoção e de guarda para fins de adoção.

Assim, embora o benefício seja destinado à segurada, os filhos, seja adotivo ou não, serão igualmente protegidos, sendo-lhes proporcionada a permanência integral com a família, representado pela mãe, nos primeiros momentos de sua vida e da convivência familiar, este último, especialmente, no caso de adoção.

Com o desenvolvimento do trabalho, conclui-se que o salário-maternidade deve ser concedido também aos casais homoafetivos, inclusive àqueles formados por homens, uma vez que possuem iguais direitos aos casais heterossexuais.

Ademais, o salário-maternidade tem como finalidade a proteção da convivência da criança no seio familiar. Assim, sendo reconhecido o direito da adoção por casais

homoafetivos, não se pode sufocar o direito dessas crianças, das mães e dos pais adotivos de poderem usufruir desse período de adaptação, em função de ato totalmente discriminatório.

Portanto, deve ser concedido também o salário-maternidade aos casais homoafetivos, representados por um dos companheiros, na ocasião da adoção, em respeito ao princípio da igualdade, e também por terem contribuído igualmente para o custeio do benefício.

REFERÊNCIAS

ALVES, Hélio Gustavo. **Auxílio-Reclusão: direitos dos presos e de seus familiares**. São Paulo: LTr, 2007.

BRASIL. Lei 8.212, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências.

BRASIL. Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário** – 13. ed. São Paulo: Conceto Editorial, 2001.

CORRÊA, Wilson Leite. Seguridade e Previdência Social na Constituição de 1988. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1431>>. Acesso em 04/01/2012.

DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre a homoafetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade: o que diz a Justiça! As pioneiras decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: O Preconceito e a Justiça**. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre Livraria do Advogado, 2001.

FELIPE, Jorge Franklin Alves. **Relacionamentos Afetivos nos Direitos Civil e Previdenciário**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009.

FERREIRA, Rosni. **Guia Prático de Previdência Social**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1997.

GLANZ, Semy. **A Família Mutante: Sociologia e Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GLAUCIA. Diniz. **Homens e Mulheres frente à interação casamento-trabalho: aspectos da realidade brasileira**. Rio de Janeiro: Nau, 1999.

HORVATH JUNIOR, MIGUEL. **Direito Previdenciário**. 7. ed – São Paulo: Quartir Latin,

2008.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

JULIÃO, Pedro Augusto Musa. **Curso Básico de Direito Previdenciário**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1991.

KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário**. 4. ed. Salvador: Podivm, 2007.

LAZZARI, João Batista. Curso Modular de Direito Previdenciário - **Benefício por Incapacidade: Auxílio-Doença, Aposentadoria por Invalidez, Auxílio-Acidente**. Florianópolis: Conceito editorial, 2007, p. 455.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de Direito Previdenciário**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2001.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **A união Homoafetiva no Direito Previdenciário**. São Paulo: LTr, 2008.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Legislação Federal Comentada e Legislação Constitucional**. 2. ed, ampl. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Aristeu de. **Manual Prático da Previdência Social**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

PASSOLD, César Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito**. 7. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2002.

PERES, Ana Paula Ariston Barion Peres. **A Adoção por Homossexuais: Fronteiras da Família na Pós-Modernidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RIBEIRO, Fabiana Dall Oglio; AICHELE, Rosemary Oslanski Monteiro. **Direitos dos homoafetivos à luz da previdência social**. São Paulo: LTr, 2010.

ROCHA, Daniel Machado da. **O Direito Fundamental à Previdência Social na Perspectiva dos Princípios Constitucionais Diretivos do Sistema Previdenciário Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SANTOS, Cibele Carneiro da Cunha Macedo. A Licença-Maternidade no Caso de Adoção após o Julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277. **Síntese**. Disponível em: <https://online.sintese.com/pages/core/coreDocuments.jsf?guid=IB471E0B5EAF531C2E040007F01005194¬a=1&tipodoc=08&esfera=&ls=2&index=1#highlight-2>. Acesso em 20/01/2012.

SILVA FILHO, Artur Marques da. **Adoção: regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, anulação**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

TOURINO, Arx. A Família e os Meios de Comunicação. **Revista de Informação Legislativa nº 45**. Brasília: Senado Federal.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito das famílias**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.