

DESIGUALDADES NA CONCESSÃO DO SALÁRIO-MATERNIDADE E SEU IMPACTO NAS FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS, COMPOSTAS POR DUAS MULHERES: UMA ANÁLISE DA SEGURIDADE SOCIAL E PROTEÇÃO AO RECÉM-NASCIDO E À CRIANÇA

INEQUALITIES IN THE GRANT OF MATERNITY SALARY AND ITS IMPACT ON SAME-AFFECTIVE FAMILIES, COMPOSED OF TWO WOMEN: AN ANALYSIS OF SOCIAL SECURITY AND PROTECTION FOR NEWBORN AND CHILDREN

Beatriz Gonsalves de Almeida¹
Bianca Lima²

RESUMO

Este estudo aborda a lacuna legislativa na concessão do salário-maternidade em famílias homoafetivas, compostas por duas mulheres, explorando como a não transferência do benefício para a mãe não gestante, em caso de falecimento da genitora/adotante, afeta a vida do recém-nascido e da criança. Trata-se de uma pesquisa documental que investiga o efeito dessa falha jurídica, gerando insegurança jurídica para o recém-nascido e para criança, como também para a mãe não gestante. O estudo analisa a seguridade social, a evolução histórica do salário-maternidade e identifica falhas legislativas que prejudicam casais lésbicos na criação de seus filhos, considerando aspectos econômicos e sociais. Justifica-se a relevância do tema devido às mudanças nas estruturas familiares e à falta de reconhecimento legal das famílias homoafetivas, resultando em desigualdades e privações financeiras. A pesquisa contribui para o campo acadêmico ao explorar as brechas legais e propor mudanças que promovam inclusão e equidade. A abordagem metodológica adotada é a pesquisa documental, proporcionando uma compreensão aprofundada do arcabouço legal e das decisões judiciais relacionadas ao tema.

Palavras-Chaves: salário-maternidade; homoparentalidade; segurança do recém-nascido; mãe não gestante.

ABSTRACT

This study addresses the legislative gap in the granting of maternity pay in same-sex families, made up of two women, exploring how the non-transfer of the benefit to the non-pregnant mother, in the event of the death of the mother/adopter, affects the life of the newborn and the child. This is documentary research that investigates the effect of this legal failure, creating legal uncertainty for the newborn and child, as well as for the non-pregnant mother. The study analyzes social security, the historical evolution of maternity pay and identifies legislative flaws that harm lesbian couples in raising their children, considering economic and social aspects. The relevance of the topic is justified due to changes in family structures and the lack of legal recognition of same-sex families, resulting in inequalities and financial deprivation. The research contributes to the academic field by exploring legal loopholes and proposing changes that promote inclusion and equity. The methodological approach adopted is documentary research, providing an in-depth understanding of the legal framework and judicial decisions related to the topic.

Keywords: maternity pay; homoparenting; newborn safety; non-pregnant mother.

¹ Advogada. Bacharel em Direito, Centro Universitário Nobre (UNIFAN); Pós-Graduando em Direito Previdenciário e Direito do Trabalho, Centro Universitário Nobre (UNIFAN); beatrizgdealmeida.adv@gmail.com

² Professora Orientadora da disciplina Metodologia II do Centro Universitário Nobre (UNIFAN).

1 INTRODUÇÃO

Cabe destacar que o direito enfrenta um desafio contínuo em acompanhar as mudanças sociais em constante evolução. Conseqüentemente, a produção jurídica visa regular e resolver questões já presentes na vida social. Assim, o direito não só é influenciado pela cultura da sociedade em que está inserido, como também exerce influência sobre ela, refletindo as diversas ações políticas de grupos sociais.

É fundamental reconhecer que as leis e as decisões judiciais podem provocar mudanças nos relacionamentos e influenciar comportamentos que,

sem essa regulamentação, talvez não ocorressem. Destarte, situações sociais anteriormente marginalizadas podem ser elevadas pelo Direito a uma posição de igualdade com outras.

Uma das mudanças que ainda necessita de atenção na esfera jurídica são as novas configurações familiares, as quais não são recepcionadas na regulamentação do salário-maternidade, este benefício visa a proteção à família e à maternidade, e tem base no direito previdenciário. Nesse sentido, o surgimento do mesmo está associado a três eventos principais: (a) o parto; (b) o aborto não-criminoso; (c) a adoção ou guarda para fins de adoção.

É importante destacar que o benefício em questão não deve ser confundido com a licença-maternidade. Enquanto o salário-maternidade se refere principalmente ao direito da gestante a um período de descanso concedido no contexto trabalhista, o salário-maternidade é uma prestação previdenciária.

O presente trabalho explora a lacuna legislativa na concessão do salário-maternidade nas famílias homoafetivas, composta por duas mulheres, e como a não transferência do benefício para a mãe não gestante, em caso de falecimento da genitora/adotante, impacta na vida do recém-nascido e da criança. Logo, visa uma resposta para o problema de pesquisa: em que medida a designação exclusiva do salário-maternidade para o companheiro ou cônjuge após o falecimento da mãe afeta as famílias homoafetivas compostas por duas mulheres e seus filhos?

O objetivo geral deste estudo é investigar o efeito da designação legislativa do salário-maternidade para o genitor após o falecimento da mãe em famílias homoafetivas, especificamente aquelas compostas por duas mulheres, gerando uma insegurança jurídica para o recém-nascido e a criança. Para alcançar esse objetivo, é fundamental realizar uma análise da Seguridade social, como também destacar a evolução histórica do salário-maternidade e identificar as falhas legislativas que prejudicam os casais lésbicos na criação de seus filhos, considerando os aspectos econômicos e sociais envolvidos. Ao final, pretende-se apresentar soluções para essas questões, buscando promover uma legislação mais inclusiva e equitativa para todas as formas de família.

Nesse íterim, justifica-se o tema devido às mudanças significativas nas estruturas familiares, incluindo a presença e aceitação da homoparentalidade. Essa evolução reflete a diversidade e complexidade das relações humanas. No entanto, as políticas e práticas sociais nem sempre acompanham essas mudanças, resultando em lacunas que afetam o amparo e os direitos das famílias e, principalmente, das crianças.

Os casais lésbicos, podem enfrentar desafios específicos, como a falta de reconhecimento legal e acesso equitativo a benefícios sociais, como o salário-maternidade. Isso pode gerar desigualdades, privações financeiras e insegurança social para essas famílias e para o desenvolvimento adequado do recém-nascido.

No campo acadêmico, a discussão sobre igualdade de direitos e proteção social para famílias homoafetivas é relevante e necessária. A análise dessa questão proporciona uma oportunidade para explorar as brechas legais e políticas, bem como para sugerir mudanças e adaptações que promovam a inclusão e a equidade.

Essa pesquisa oferece a chance de contribuir com o corpo de conhecimento existente, ampliando a compreensão sobre os desafios enfrentados por famílias homoafetivas e fornecendo subsídios para possíveis soluções e políticas mais inclusivas e justas.

Nesse contexto específico, a abordagem metodológica adotada é a pesquisa documental, a qual se fundamenta na análise minuciosa de legislações pertinentes ao tema em questão, bem como na avaliação de entendimentos jurisprudenciais relevantes. Essa metodologia permite uma compreensão aprofundada do arcabouço legal e das decisões judiciais relacionadas ao assunto em análise, contribuindo para uma análise mais abrangente e embasada.

2 SEGURIDADE SOCIAL, ASSISTÊNCIA SOCIAL E PREVIDÊNCIA SOCIAL

A priori, cabe informar que não se deve confundir seguridade social com previdência social e assistência social, tendo em vista que são institutos diversos, apesar da seguridade seja gênero da qual previdência e assistência sejam inseridos.

A seguridade social está prevista no artigo 194 da Constituição Federal de 1988 (CF/88), é entendida como um agrupamento de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, visando assegurar os direitos relativos: à saúde, à previdência e à assistência social (BRASIL, 1988). De acordo com esse pensamento, Santos (2020) descreve sobre a seguridade social em sua obra:

Pela definição constitucional, a seguridade social compreende o direito à saúde, à assistência social e à previdência social, cada qual com disciplina constitucional e infraconstitucional específica. Trata-se de normas de proteção social, destinadas a prover o necessário para a sobrevivência com dignidade, que se concretizam quando o indivíduo, acometido de doença, invalidez, desemprego, ou outra causa, não tem condições de prover seu sustento ou de sua família.

Nesse passo, a assistência social está presente no art. 203 da CF/88, o qual, determina que a assistência será prestada ao indivíduo, independentemente de contra prestação ao Estado (BRASIL, 1988). Segundo Agostinho (2020)

Cabe ao Estado a prestação de assistência social às pessoas carentes, sem exigência de qualquer contribuição, visando assegurar o mínimo existencial, tendo em vista o princípio da dignidade da pessoa humana

Por outro lado, a previdência social, exposta no art 201 da CF/88, prevê cobertura de riscos sociais mediante contraprestação (BRASIL, 1988). Logo, no mesmo artigo há às formas de atendimento:

a) cobertura dos eventos de incapacidade temporária ou permanente para o trabalho e idade avançada; b) salário-maternidade; c) proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; d) salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; e e) pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou ao companheiro e aos seus dependentes, não inferior ao salário mínimo quando se tratar da única fonte de renda auferida pelo conjunto de dependentes.

A previdência social tem como finalidade assegurar os direitos do segurado e de seus familiares. É o resultado das contribuições que os trabalhadores fazem para garantir a sua subsistência na impossibilidade de trabalhar, baseadas em contribuições previdenciárias obrigatórias que seguem princípios como a universalidade da participação e cálculo dos benefícios e a preservação do valor real.

O pagamento das contribuições previdenciárias é uma fonte de financiamento para políticas públicas nas áreas sociais, uma vez que sua vinculação à seguridade social assegura proteção e dignidade aos beneficiários, reduzindo a pobreza e permitindo a execução de políticas voltadas para a previdência, assistência e saúde.

Originado da previdência social, o salário-maternidade visa proteger as genitoras/adotantes no início da vida do menor, as características desse benefício serão expressadas no tópico seguinte.

3 SALÁRIO-MATERNIDADE

Na esfera previdenciária, a gestante tem assegurado o direito ao benefício, denominado salário-maternidade, o qual, tem duração de 120 dias, com exceção o aborto espontâneo que são apenas catorze dias. Nesse sentido, o mesmo é devido em razão de nascimento de filho, aborto não criminoso, adoção ou guarda judicial para fins de adoção.

Observa-se que para ser beneficiária não há necessidade de contribuição, só apenas se a segurada for contribuinte individual, segurada especial (enquanto contribuinte individual) e segurada facultativa, nesses casos deve obedecer ao prazo de carência de dez contribuições mensais. (AGOSTINHO, 2020)

Conforme o artigo 71 da Lei n.º 8.213/1991, a beneficiária irá começar a receber a partir de 28 dias antes do parto e após o nascimento da criança. Nesse passo, nos casos de guarda judicial ou adoção serão também concedidos 120 dias a partir deste, conforme o art. 71-A da mesma legislação (BRASIL, 1991).

Anteriormente, o ônus do pagamento do salário-maternidade era do empregador. No entanto, com a promulgação da Lei nº 6.136 de 1974, tornou-se uma prestação previdenciária. Dessa forma, o encargo foi transferido da empresa para a Previdência Social. Nesse contexto, o salário-maternidade não é exatamente um salário, mas sim um benefício previdenciário, uma vez que pelo INSS, conforme explicado por Martins (2023).

Apesar de suas particularidades, o salário-maternidade é frequentemente confundido com a licença-maternidade. No entanto, são benefícios distintos, e ambos serão discutidos no próximo tópico.

3.1 DIFERENÇA ENTRE LICENÇA-MATERNIDADE E SALÁRIO-MATERNIDADE.

É essencial esclarecer que a licença-maternidade e o salário-maternidade são conceitos distintos, a primeira possui natureza trabalhista e a segunda natureza previdenciária.

Segundo a pesquisa de Tomiko e Azevedo (2022):

O salário maternidade é um direito constitucional e infraconstitucional que concede às puérperas um afastamento das atividades laborais, pelo período de 120 dias, conforme prevê a Lei n.º 8.213 de 24 de julho de 1991. A remuneração (benefício) é paga diretamente pelo Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS). A licença maternidade tem a mesma finalidade que o salário maternidade, mas a diferença consiste no pagamento feito pelo empregador e depois há a compensação tributária, entre Empresa e União.

Em concordância com a passagem supracitada, cabe destacar que na licença maternidade, a empregada tem direito a um período de repouso de 120 dias, como previsto no art. 392 da Consolidação de Leis Trabalhistas (CLT) ou

180 dias para empresas que participam do Programa Empresa Cidadã (BRASIL, 1943).

No caso de adoção ou guarda judicial para fins de adoção, também há o direito da licença, mediante apresentação do termo de guarda. Vale destacar que esse período de afastamento conta como tempo de serviço, para aposentadoria, férias e incluindo o recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS).

Andressa de Paula Ribeiro (2021) enfatiza que a licença-maternidade é o período em que a empregada tem o direito de se ausentar do trabalho, sem prejuízo de sua remuneração, para dar à luz e amamentar seu filho nos primeiros meses de vida.

Em contrapartida, o salário-maternidade, como complemento à licença-maternidade, é o benefício financeiro concedido à gestante durante o período de afastamento devido à gravidez. Assim como a licença-maternidade, o salário-maternidade também possui natureza de direito fundamental, conforme previsto nos artigos 71 a 73 da Lei nº 8.213/1991 e no artigo 7º, inciso XVIII da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1991; BRASIL 1988).

Dessa forma, salário-maternidade tem a mesma duração da licença maternidade, mas o valor pode ser menor.

Em suma, os conceitos da licença-maternidade e do salário-maternidade não devem ser confundidos, ambos detêm particularidades que os fazem singular para auxiliar as mães e gestantes na nova etapa. A licença-maternidade refere-se ao período de repouso de 120 ou 180 dias, dependendo da adesão do empregador ao Programa Empresa Cidadã, sendo esse período considerado tempo de serviço para aposentadoria e férias, incluindo o FGTS. Já o salário-maternidade diz respeito à remuneração recebida durante o afastamento (Toledo, 2020).

Compreendendo a diferenciação entre os auxílios à maternidade, é pertinente explorar mais profundamente a evolução do salário-maternidade.

3.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A primeira legislação a garantir o descanso remunerado da gestante, tanto antes quanto depois do parto, sem prejuízo do emprego e do salário, foi a

CLT, em 1943. Segundo o artigo 392 da CLT, esse período era de quatro semanas antes do parto e oito semanas após (BRASIL, 1943).

É perceptível que a proteção inicial concedida à gestante tinha um caráter estritamente trabalhista, não sendo considerada um benefício relacionado à seguridade social. Portanto, inicialmente, não poderia ser classificada como um benefício previdenciário (CORRÊA, 2020).

Posteriormente, a Constituição de 1967 também assegurou esse direito, conforme o artigo 165, XI, e estabeleceu a proteção da Previdência Social em relação à maternidade, como descrito no artigo 157, XVI. (CASTRO; LAZZARI, 2023; BRASIL, 1967)

Com a promulgação da Lei nº 6.136/1974, o salário-maternidade começou a ser pago como prestação previdenciária. Isso implicou na isenção do empregador de pagar o salário da empregada gestante durante o período em que ela estivesse afastada do serviço, que na época era de doze semanas. A partir de então, a empresa passou a adiantar o salário integral à empregada durante sua licença-maternidade, sendo posteriormente reembolsada desse valor por meio dos recolhimentos devidos ao INSS (Horvath Júnior, 2014).

Na constituição de 1988, as mulheres conseguiram empregos estáveis mesmo com gravidez, consolidando a proteção à maternidade, especialmente à gestante, no artigo 201, III, estendendo a licença para cento e vinte dias, sem prejuízo do emprego e do salário, conforme disposto no artigo 7º, XVIII (PAIVA, 2021; BRASIL, 1988).

No âmbito do Plano de Benefícios da Previdência Social, as regras para concessão deste benefício foram estabelecidas nos artigos 71 a 73. Inicialmente, o benefício era concedido às seguradas empregadas, trabalhadoras avulsas e empregadas domésticas, sem exigência de carência, com duração de cento e vinte dias, podendo ter início entre 28 antes do parto e a data de nascimento (BRASIL, 1991).

Entretanto, mesmo com a proteção à maternidade consolidada na área previdenciária, com o decorrer dos anos a formação de família foi recebendo significado diferente, logo, a legislação não acompanhou o desenvolvimento e deixou lacunas que precisam ser sanadas para uma proteção integral da segurada e do menor.

No próximo tópico será destacado o reconhecimento das famílias homoafetivas no ordenamento jurídico brasileiro.

4 RECONHECIMENTO DAS FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS

O direito à família assume uma relevância equiparável a outros direitos fundamentais consagrados na Constituição brasileira, como o direito à vida, à saúde, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade e à liberdade. Nesse sentido, o direito é abordado em vários dispositivos constitucionais, evidenciando sua importância na estrutura legal do país.

Em concordância com o artigo 226 da CF/88 “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” e o artigo 227 é dever do Estado “assegurar à criança e ao adolescente o exercício de seus direitos fundamentais”. Nesse diapasão, o § 8º do artigo 226 supracitado a Constituição prevê que o Estado deve garantir a assistência aos membros da família e prevenir a violência dentro dela (BRASIL, 1988).

Contudo, o conceito de família foi sendo desenvolvido ao longo do tempo, resultando no surgimento de novas composições, distinto daquele tradicionalmente reconhecido, composto por um homem, uma mulher, através do casamento, e seus filhos.

Na luta pela igualdade, Maria Berenice Dias (2013) introduziu o termo “homoafetiva”, bastante utilizado por estudiosos do direito, visando eliminar o preconceito associado à palavra “homossexualismo”.

Infelizmente, as uniões entre pessoas do mesmo sexo ainda suscitam aversão e hostilidade em alguns indivíduos. No entanto, é imperativo reconhecer que toda estrutura familiar, independentemente de sua composição, merece respeito, assim como a orientação sexual de cada pessoa. O respeito à liberdade sexual está intrinsecamente ligado ao reconhecimento das uniões homoafetivas (COELHO, 2014).

No campo previdenciário, o marco decisivo para o reconhecimento da união estável entre casais do mesmo sexo ocorreu por meio da Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, julgada na Terceira Vara Federal Previdenciária de Porto Alegre, na Seção Judiciária do Rio Grande do Sul. Nessa decisão, foi reconhecida a união homossexual para fins previdenciários.

A partir desse veredicto, o Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) passou a reconhecer, em âmbito administrativo, o direito do parceiro do segurado do mesmo sexo aos benefícios de auxílio-reclusão e pensão por morte, desde que comprovada a união estável e a dependência econômica, conforme regulamentado pela Instrução Normativa INSS PR nº 11/2006.

Além disso, com base na Instrução Normativa INSS nº 15/2007, o INSS dispensou a exigência de comprovação de efetiva dependência econômica para a comprovação da união estável.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277, bem como em sede do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, ambas do ano de 2011, foram responsáveis por evoluir o paradigma do conceito de família, garantindo os casais homoafetivos a liberdade de constituírem família.

Consoante a Constituição Federal, no seu art. 5, inciso I, homens e mulheres são iguais perante a lei, contudo, mesmo com as modificações na área cível, a igualdade não é estabelecida em todo ordenamento jurídico brasileiro (BRASIL, 1988).

O âmbito previdenciário ainda necessita de mais regulamentações, especialmente no que diz respeito à concessão do salário-maternidade. Nesse contexto, é importante analisar o artigo 71-B da Lei nº 8.213/1991, que confere o direito à concessão do benefício apenas para o gênero masculino no caso de falecimento da segurada, não abrindo margem para casais compostos apenas por mulheres.

Esta lacuna na legislação evidencia a necessidade de revisão e atualização das normas previdenciárias para garantir a igualdade de direitos para todos os arranjos familiares, incluindo casais homoafetivos formados por mulheres.

A discussão sobre essa falha legislativa será abordada no tópico seguinte.

5 LACUNAS NA CONCESSÃO DO SALÁRIO MATERNIDADE

Nas relações heteroafetivas, em caso da ausência da mãe segurada, o companheiro ou cônjuge passa a receber o salário-maternidade para continuar

auxiliando a criação do menor, como demonstrado no art. 71-B da Lei nº 8.213/1991 (BRASIL, 1991):

Art. 71-B. No caso de falecimento da segurada ou segurado que fizer jus ao recebimento do salário-maternidade, o benefício será pago, por todo o período ou pelo tempo restante a que teria direito, ao cônjuge ou companheiro sobrevivente que tenha a qualidade de segurado, exceto no caso do falecimento do filho ou de seu abandono, observadas as normas aplicáveis ao salário-maternidade.

Porém, essa norma não assegura o direito ao benefício previdenciário para a companheira na situação do óbito da genitora/adotante. Isso significa que, mesmo que a condição de "mãe" conste na Certidão de Nascimento da criança e a companheira seja sua parceira ou cônjuge, legalmente e perante a sociedade, ela não se enquadra na aplicação da regra legal.

Na ausência da segurada, é crucial que o benefício seja transferido para a companheira ou cônjuge para garantir a proteção e o amparo necessários à criança. No entanto, a legislação atual não contempla essa possibilidade para o gênero feminino nessa situação específica.

Essa lacuna legal deixa o recém-nascido e a criança desprotegidos, o que pode acarretar consequências graves para o seu desenvolvimento e bem-estar. Por exemplo, a falta de suporte financeiro pode impactar negativamente nas condições de vida da criança, dificultando o acesso a cuidados médicos, alimentação adequada, educação e outros recursos essenciais para seu crescimento saudável e integral.

No artigo 229 da CF/88, há previsão de que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores(...)” (BRASIL,1988), logo, como uma mãe, diante do óbito de sua companheira/cônjuge, conseguiria cuidar desse menor nos primeiro momento sem nenhum auxílio? Como é conhecido, a criação de um recém-nascido ou de um filho adotado é cheia de obstáculos, muitas vezes sem apoio de familiares e amigos.

Além disso, a falta de reconhecimento legal da companheira ou cônjuge como titular do benefício pode gerar instabilidade emocional e psicológica na criança, privando-a de uma figura de referência e apoio em um momento tão delicado como a perda da genitora/adotante.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seu artigo 4º, estabelece que "é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária". Portanto, garantir o benefício previdenciário à companheira ou cônjuge feminina é fundamental para proteger o interesse superior da criança.

O reconhecimento legal da companheira ou cônjuge feminina como titular do benefício previdenciário contribui para a promoção da diversidade familiar, consoante o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

O Código Civil Brasileiro (2002), em seu artigo 3º, estabelece que "ninguém se exime de cumprir a lei, alegando que não a conhece". Portanto, é dever do Estado garantir que todas as famílias, independentemente de sua composição, tenham acesso igualitário aos benefícios previdenciários, a fim de prevenir a vulnerabilidade socioeconômica e promover a justiça social.

Dessa forma, a correção dessa falha na legislação previdenciária torna-se urgente para garantir a proteção integral dos direitos da criança e o respeito à diversidade familiar. Somente por meio de uma abordagem inclusiva e igualitária será possível assegurar um ambiente propício ao desenvolvimento saudável e pleno de todas as crianças, independentemente da configuração familiar em que estejam inseridas.

Para compreender melhor o impacto dessa falha na subsistência do recém-nascido, siga para o próximo tópico

6 IMPACTO NA SUBSISTÊNCIA DO RECÉM-NASCIDO E/OU DA CRIANÇA

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual o Brasil é signatário, o artigo 25, afirma que:

Toda pessoa tem direito a um nível de vida que garanta a saúde e o bem estar dela e de sua família, incluindo alimentação, roupa, moradia, assistência médica e serviços sociais essenciais, bem como o direito à

proteção em caso de desemprego, doença, deficiência, viuvez, velhice ou outras situações em que perdem seus meios de subsistência além de seu controle

Essa disposição reconhece que o direito a uma vida digna não se limita apenas às necessidades básicas de sobrevivência, mas abrange também o acesso a condições que promovam o desenvolvimento humano integral e a plena participação na sociedade.

Cabe ressaltar que as garantias à maternidade e à infância são consideradas direitos sociais, sendo explicitamente mencionadas no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, evidenciando a intenção do legislador original em proteger esses institutos.

Nesse sentido, a Previdência Social também desempenharia um papel na garantia dessa proteção à criança, uma vez que, do ponto de vista constitucional, é necessário oferecer a devida proteção à maternidade, conforme estabelecido no artigo 201, inciso II, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Com a abordagem inicial estabelecida pela Constituição de 1988, crianças (até 12 anos incompletos) e adolescentes (de 12 a 18 anos) passaram a ser reconhecidos como detentores dos direitos fundamentais à vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade e convivência familiar e comunitária.

Em consonância com esse enfoque, o ECA substituiu o antigo paradigma da "situação irregular" pelo da "proteção integral", no qual as crianças e adolescentes são considerados titulares de direitos e deveres.

Ainda observando o ECA, o princípio da proteção integral está presente no estatuto e estabelece a proteção abrangente à criança e ao adolescente. Além disso, o ECA prevê medidas de proteção, conforme destacado no artigo 100, parágrafo único, inciso II:

Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas:

II - proteção integral e prioritária: a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares;

O princípio da prevalência da realidade sobre a forma, tão valorizado no direito previdenciário, demanda a proteção previdenciária de qualquer indivíduo que se encontre efetivamente nas circunstâncias previstas na legislação previdenciária, independentemente de formalidades (SILVA, 2020).

Além disso, é importante destacar que não apenas o direito da pessoa que efetivamente recebe o benefício em dinheiro está em questão, mas também o direito da criança. Os recém-nascidos e as crianças necessitam de cuidados especiais, e a renda mensal do salário-maternidade é fundamental para atender às suas necessidades.

Confirmado esse entendimento, Rocha e Baltazar Júnior afirmam que "o salário-maternidade é útil na consecução de todos os cuidados de natureza biológica, psicológica e emocional à criança".

Proteger os direitos humanos de todas as pessoas, incluindo o direito à igualdade e não discriminação, é fundamental para uma sociedade justa e inclusiva.

Logo, é injusto que a Previdência Social, que visa mitigar principalmente os riscos sociais, negue um benefício crucial para a subsistência e atendimento das necessidades especiais de uma criança e sua mãe não gestante, simplesmente porque a lei não prevê explicitamente que o segurado possa receber esse benefício.

O direito à igualdade e a não discriminação é um princípio fundamental dos direitos humanos. Todas as pessoas, independentemente de sua origem, sexo, orientação sexual ou qualquer outra característica, devem ser tratadas de forma justa e equitativa perante a lei.

No contexto do salário-maternidade, negar esse benefício à companheira e/ou cônjuge em um casal homoafetivo não apenas viola os direitos individuais dessa mãe, mas também priva a criança de condições adequadas para seu desenvolvimento e bem-estar. A renda mensal do salário-maternidade não é apenas uma compensação financeira, também é fundamental para garantir que

a criança receba os cuidados necessários, ainda mais em um momento tão delicado que é a perda da mãe.

Estudos demonstram que os cuidados maternos nos primeiros anos de vida de uma criança são essenciais para seu desenvolvimento físico, emocional e cognitivo. O salário-maternidade desempenha um papel crucial nesse contexto, fornecendo apoio financeiro, para que ela possa se dedicar integralmente aos cuidados com o filho.

Portanto, ao negar o salário-maternidade à mãe não gestante em uma família homoafetiva, a Previdência Social não apenas discrimina essa mãe com base em sua orientação sexual, mas também prejudica diretamente a criança, negando-lhe o acesso a recursos essenciais para seu desenvolvimento.

Dessa forma, é imperativo que a legislação previdenciária seja revista e atualizada para garantir que todos os arranjos familiares sejam reconhecidos e protegidos, garantindo assim os direitos fundamentais de todas as crianças e suas famílias, independentemente de sua composição ou orientação sexual.

7 CONCLUSÃO

O presente estudo explorou a lacuna legislativa na concessão do salário-maternidade em famílias homoafetivas compostas por duas mulheres, evidenciando os desafios enfrentados por essas famílias e os impactos diretos na vida do recém-nascido e da criança.

Inicialmente, a pesquisa se concentrou na análise da seguridade social, um conceito abrangente que engloba diversas áreas, incluindo a previdência social. Dentro desse contexto, a previdência social emerge como um dos componentes fundamentais, cujo propósito é garantir proteção contra riscos sociais por contribuições dos trabalhadores. Nesse contexto previdenciário, originado das políticas previdenciárias, surge o salário-maternidade, um benefício concedido às genitoras ou adotantes durante o período inicial da vida do menor.

Na sessão seguinte, a pesquisa se aprofundou no conceito, requisitos e forma de pagamento do salário-maternidade. Foi esclarecida a distinção entre licença-maternidade e salário-maternidade, destacando-se que enquanto a

primeira se refere ao período de afastamento do trabalho para cuidar do recém-nascido, o segundo é o benefício financeiro concedido durante esse período.

Além disso, houve uma análise da evolução histórica desse benefício, evidenciando-se seu desenvolvimento ao longo do tempo em resposta às demandas sociais e mudanças legislativas. Essa abordagem histórica permitiu compreender como o salário-maternidade se tornou um direito essencial para garantir a proteção e o bem-estar das mães e de seus filhos.

Nesse sentido, também foi estudado o reconhecimento das relações homoafetivas e a importância de garantir que essa nova configuração familiar receba o mesmo tratamento em relação aos direitos previdenciários, incluindo o salário-maternidade. Foi destacado que a evolução das políticas sociais deve refletir a diversidade da sociedade, reconhecendo e protegendo os direitos das famílias formadas por casais do mesmo sexo.

Logo, a análise revelou uma lacuna na legislação atual referente à não concessão do salário maternidade para a mãe não gestante em caso de falecimento da segurada. Essa falha evidencia a falta de reconhecimento das particularidades das famílias homoafetivas, resultando em inequidades e injustiças. Apesar da Constituição Federal sempre ressaltar a igualdade em seu texto, essa igualdade não se estende para essa nova concepção de família.

Nesse ínterim, a não transferência do benefício para a mãe não gestante após o falecimento da genitora/adotante cria uma situação de insegurança jurídica, privando ao de amparo e proteção.

Por fim, foram abordados os efeitos para o recém-nascido e a criança que sentem a falta desse auxílio no primeiro contato com a vida. A ausência do salário-maternidade pode resultar em impactos significativos no desenvolvimento físico, emocional e social da criança, além de gerar dificuldades financeiras para a família.

Os resultados desta pesquisa destacam a necessidade urgente de reformas legislativas para garantir a igualdade de direitos para todas as formas de família. Propostas de mudanças na legislação foram apresentadas, visando incluir famílias homoafetivas na concessão do salário-maternidade e assegurar a proteção dos direitos das crianças. Além disso, políticas públicas e ações práticas são fundamentais para promover a equidade e a inclusão.

Este estudo contribui para o corpo de conhecimento existente ao evidenciar as brechas legais que afetam famílias homoafetivas e ao fornecer subsídios para possíveis soluções e políticas mais inclusivas e justas. No entanto, reconhecer haver muito a ser feito para alcançar uma legislação verdadeiramente igualitária e que promova o bem-estar de todas as famílias, independentemente de sua composição.

Um ambiente familiar seguro e acolhedor é essencial para o seu bem-estar emocional, psicológico e social. Portanto, garantir que essas famílias tenham acesso a benefícios como o salário-maternidade é fundamental para o desenvolvimento saudável das crianças.

Portanto, concluímos ser essencial continuar a pesquisa e o debate sobre esse tema, buscando sempre ampliar a compreensão dos desafios enfrentados por famílias homoafetivas e promover mudanças significativas em prol da justiça social e da igualdade de direitos.

REFERÊNCIAS

Agostinho, Theodoro. **Manual de direito previdenciário**. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

Brasil. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 14 de abr. de 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 abril 2024.

Brasil. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 14 abr. 2024.

Brasil. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 13 de abr. de 2024.

Brasil. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. **Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 14 abr. 2024.

Brasil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 14 de abr. de 2024.

COELHO, C. **A CONCESSÃO DO SALÁRIO-MATERNIDADE ÀS FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS.** Revista da UNIFEBE, v. 1, n. 13, 2014.

CORRÊA, Lucas Adolfo da Cruz. **AS IMPLICAÇÕES DO ARTIGO 71-B, DA LEI Nº. 8.213/1991 NA CONCESSÃO DO SALÁRIO-MATERNIDADE FRENTE AO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA.** Revista Conexão Universitária da FDB. ISSN: 2675-1151 PUBLICAÇÃO SEMESTRAL. Ano 2020/1º Semestre – ago. v.2, n.2

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FLÁVIA, S. **O salário-maternidade como um direito constitucional assegurado ao infante à luz da jurisprudência.** Repositorio.ufc.br, 2020.

ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo, op. cit., p. 348.

Manual das sucessões. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho.** 39. ed. São Paulo, SaraivaJur, 2023.

PAIVA, P. C. **Concessão de salário-maternidade para avós com guarda judicial**. Cruzeirosul.edu.br, 2021.

RIBEIRO, Andressa de Paula Bezerra Nogueira. **Gestante e estabilidade no trabalho**. 2021. 27 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2021. Disponível em: . Acesso em: 14 abril 2024.

Santos, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário esquematizado**. – Coleção esquematizado/ coordenador Pedro Lenza – 10. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

Salário-Maternidade. Disponível em: <<https://www.gov.br/inss/pt-br/direitos-e-deveres/salario-maternidade/salario-maternidade>>. Acesso em: 10 abr. 2024.

TOLEDO, Ricardo Fonte; NUNES, Flávio Filgueira. **Gestação por substituição e a concessão do salário-maternidade, quem detém a titularidade se não há regulamentação específica**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2020. Disponível em: . Acesso em: 14 de abril de 2024.

TOMIKO RIBEIRO AIZAWA, J.; DE AZEVEDO , H. M. **Maternidade e a evasão laboral: alguns aspectos da licença maternidade, salário maternidade e auxílio creche**. Perspectivas em Diálogo: Revista de Educação e Sociedade, v. 9, n. 19, p. 21-43, 5 abril. 2024.