



SALÁRIO-MATERNIDADE – DA DUPLICIDADE A CASAIS HOMOAFETIVOS COMPOSTOS POR UMA MÃE GESTANTE E OUTRA NÃO

João Roberto Alves de LIMA¹
Débora Leticia Nogueira de Almeida TELES²

RESUMO: Julgados recentes do Supremo Tribunal Federal acerca do reconhecimento de uniões homoafetivas como entidades familiares impactaram em múltiplas searas do Direito. Em decorrência do posicionamento solidificado pela Suprema Corte pátria, surgiram discussões referentes a requisitos para concessão de beneplácitos previdenciários. Não foi diferente com o salário-maternidade, do qual questionamentos foram levantados sobre a possibilidade ou não de sua concessão concomitantemente a duas mães que componham uma relação homoafetiva, uma vez que a legislação é omissa no tocante a ela. Diante disso, o presente trabalho se presta a analisar criticamente este imbróglio, e visa verificar se a solução preponderante apontada pela jurisprudência, que tende pela impossibilidade da duplicidade da benesse, padece de constitucionalidade, se fere o princípio da igualdade. Para a construção desta reflexão, a doutrina, jurisprudências e a legislação nacional foram confrontadas. No mais, mediante a técnica de documentação indireta, os mencionados instrumentos foram aliados a uma abordagem dedutiva.

Palavras-chave: Previdência. Salário-maternidade. Homoafetivo. Mães.

1 INTRODUÇÃO

Indubitavelmente a união homoafetiva foi sedimentada como família pelo Supremo Tribunal Federal no corpo da 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. Assim, o tratamento dado a entidades familiares compostas por casais heteroafetivos e homoafetivos deve ser o mesmo, de modo a não haver discriminação, em respeito

¹ Discente do 3º ano do curso de Direito do Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. deboraleticianogueiradealmeida@gmail.com. Bolsista do Programa de Iniciação Científica.

² Discente da Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário e da Pós-Graduação em Direito Civil e Processo Civil do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. joao_beto@outlook.com.

ao princípio basilar da igualdade delineado no artigo 5º, caput da Constituição Federal.

Os pronunciamentos da Alta Corte acerca do tema, geraram reflexos em diversos âmbitos do direito, inclusive na seara previdenciária. Desde então, tal entendimento passou a guiar atos dos legisladores e operadores do direito.

Na esfera previdenciária, um dos institutos atingidos pelos retos mencionados julgados, foi o salário-maternidade. A repercussão recaiu sobre a chance de duas mães que constituem um casal homoafetivo, serem beneficiadas ao mesmo tempo, cada uma com um salário-maternidade.

O presente artigo buscou apresentar a solução prevalecente encontrada pela jurisprudência neste caso em que não há previsão legal expressa e analisar sua constitucionalidade, ao avaliar se o preceito da igualdade está sendo observado ou não nos pronunciamentos judiciais que visam suprir a lacuna legislativa.

Para tanto, na primeira seção, a natureza jurídica do instituto salário-maternidade foi exposta, além da sua distinção com a licença-maternidade, institutos estes confundidos por alguns.

Ademais, na primeira subseção, ponderou-se a respeito dos embasamentos legais do benefício em diagnóstico, e as mudanças jurídicas perpassadas em razão das mutações sociais.

Por fim, na segunda e última subseção, foi abordado o cerne da questão em tela, relativamente a hipótese de duas mães ao terem um filho, serem condecoradas duplamente com o salário-maternidade.

O método de pesquisa implementado, respaldou-se em uma análise constitucional acerca da isonomia, partindo do pressuposto que permitir que apenas uma receba, não feriria este princípio.

2 SALÁRIO-MATERNIDADE

Preliminarmente, insta salientar que o benefício em apreço não deve ser confundido com a licença-maternidade. Esta basicamente se traduz pelo direito de repouso da gestante por um período a ser concedido no universo trabalhista, o salário-maternidade, por sua vez, consiste em um beneplácito previdenciária. Da maneira a seguir os distingue Leitão Studart (2016, p. 436):

[...] Enquanto a licença à gestante, prevista no art. 7º, XVIII, da CF/88, consiste no direito trabalhista ao afastamento do(a) segurado(a) durante o período de resguardo (na hipótese de parto) ou de adaptação (na hipótese de adoção), o salário-maternidade é o benefício previdenciário que, em regra, será pago durante o período de licença. Portanto, apesar da nomenclatura, o salário-maternidade nada tem que ver com o salário pago pelo empregador em decorrência dos serviços prestados. Trata-se de benefício garantido pela Previdência Social.

A doutrina critica o termo escolhida pelo legislador salário-maternidade, onde propõe que o mais adequado seria denominá-lo de auxílio-maternidade ou ainda auxílio-parental, justamente por induzir todos a erro, haja vista não se tratar de um importe de natureza salarial, mas sim de um valor de natureza previdenciária. Neste diapasão, explana Miguel Horvath Júnior (2018, p. 72):

Quanto a sua denominação, melhor seria se a legislação denominasse essa prestação previdenciária de auxílio-maternidade, uma vez que não se trata de salário, principalmente no atual estágio do sistema protetivo brasileiro, que prevê a concessão do benefício a todas as seguradas, independentemente de sua modalidade.

Embora o empregador tenha incumbência de antecipá-lo, posteriormente o valor despendido será integralmente restituído pelo INSS. Logo, o encargo final não é do empregador. É isto que a doutrina elucida (CASTRO, 2016, p. 249):

Quanto à natureza jurídica do salário-maternidade, não há que se confundir com a noção de salário stricto sensu, pois é benefício cujo ônus é integral da Previdência Social. Ainda que o empregador urbano ou rural tenha por obrigação adiantá-lo à trabalhadora em licença, o reembolso do valor adiantado é total, de modo que o INSS é o único responsável pelo efetivo pagamento do benefício.

Após está diferenciação, faz-se necessário discorrer acerca do salário-maternidade detalhadamente, tendo em vista que é o objeto principal do presente estudo.

2.1 Fundamento e alterações legislativas

Trata-se de um direito com status constitucional, conforme dispõe o artigo 201, inciso II, da Carta Magna. In verbis:

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;

Sua regulamentação aconteceu com o advento da Lei nº 8.213/91, em seu artigo 71 e seguintes, bem como está disciplinado pelo Decreto nº 3.048/99, nos artigos 93 a 103.

A priori, a proteção previdenciária era dada apenas a mulher gestante. Desta forma, tinha-se apenas o nominado salário-maternidade biológico. Contudo, com a entrada em vigor da Lei nº 10.421/2002, ocorreu a ampliação às mães adotantes e guardiãs, do qual acrescentou o art. 71-A a Lei 8.213/91:

Art. 71-A. À 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, se a criança tiver até 1(um) ano de idade, de 60 (sessenta) dias, se a criança tiver entre 1 (um) e 4 (quatro) anos de idade, e de 30 (trinta) dias, se a criança tiver de 4 (quatro) a 8 (oito) anos de idade.

Destarte, com sua edição, além do titulado salário-maternidade biológico, fora instituído o salário-maternidade adoção.

Observa-se com a leitura dos dispositivos legais anteriormente citados, que tão somente as mulheres é quem poderiam ser beneficiárias. No entanto, mais uma alteração legal se fez necessária. A Lei nº 12.873/2013 se incumbiu em modificar o art. 71-A:

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.

Por conseguinte, foi assegurado também ao homem adotante ou guardião a possibilidade de gozar do salário-maternidade.

Uma das finalidades do benefício em análise é a salvaguarda da mulher. É sabido que a gravidez e a maternidade naturalmente exigem muito delas, por isso é dever do Estado oferecer mecanismos que as respaldem neste momento. Assim corroboram para esta afirmação as palavras de Kerlly Huback (2012, p. 208):

Aspectos fisiológicos, como resistência física e repouso conveniente à gestação e ao puerpério, bem como sociais, representado pelo inequívoco interesse da sociedade em dar assistência à família, fundamentam a prestação do benefício.

Para além disso, tem-se um objetivo maior, a de tutelar o crescimento sadio da criança, esta que precisa de cuidados especiais e atenção integral. Entende-se que é de suma importância a proximidade de ao menos um dos pais nos primeiros dias de vida do recém-nascido. Neste interim, atesta trecho do julgamento do TRF da 3ª Região:

[...] Até porque, objetivo do benefício não é atender a maternidade ou a paternidade, mas sim, propiciar que aquela criança que está chegando tenha um tempo mínimo de convivência com a sua nova família, estreitando-se os laços familiares.

(TRF-3 – RI: 0000031-74.2018.4.03.6303 SP, Relator: JUIZ (A) FEDERAL FERNANDA SOUZA HUTZLER, Data de Julgamento: 12/09/2019, 14ª turma recursal de SÃO PAULO, Data da Publicação: e-DJF3 judicial DATA:18/09/2019)

À vista disso, todos os acréscimos e alterações legislativas ora elencados decorreram do primordial intuito do salário-maternidade, que é a proteção da criança.

2.2 Dois salários-maternidade para duas mães

Com fulcro na jurisprudência que reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, a adoção de crianças e adolescentes por casais homossexuais passou a ser amplamente permitida no sistema nacional, por consequência o salário-maternidade também tem sido concedido a eles. Na atual conjuntura jurídica, esta composição familiar não enfrenta grandes barreiras para adquirir o benefício previdenciário em questão. Neste sentido, leciona João Ernesto Aragonés Vianna (2014, p. 553), “[...] vimos que os companheiros homossexuais enquadram-se nesse conceito, para fins previdenciários. A conclusão, inclusive, tem fundamento na jurisprudência atual do STJ e STF.”.

No entanto, há uma celeuma em torno da situação em que há a união homoafetiva entre duas mulheres, onde uma é mãe parturiente e a outra não

gestante. Discute-se sobre a possibilidade de duplicidade da benesse, isto é, o auxílio ser concedido as duas concomitantemente. Tal imbróglio jurídico padece por ausência de amparo legal, ficando a encargo do judiciário trazer alguma solução fundamentada para tanto, uma vez que a lei abarca a hipótese da mãe gestante, do adotante e do guardião como visto preteritamente, sendo que a mãe não gestante não se enquadra em nenhuma delas, pois é mãe, contudo, não é gestante, todavia também não é adotante ou guardião.

A jurisprudência contemporânea tem caminhado no sentido de negar estas espécies de pleitos. A justificativa dada, é que se fossem deferidos os pedidos, estes casais estariam sendo privilegiados em detrimento de outros, dado que não é permitido o pagamento do benefício a mais de um segurado simultaneamente quando se tem um casal composto por homem e mulher, seja na hipótese de gestação ou adoção, tampouco por dois homens quando adotam.

Esta percepção é reforçada pelo §2º do artigo 71-A da Lei nº 8.213/91:

§ 2º Ressalvado o pagamento do salário-maternidade à mãe biológica e o disposto no art. 71-B, não poderá ser concedido o benefício a mais de um segurado, decorrente do mesmo processo de adoção ou guarda, ainda que os cônjuges ou companheiros estejam submetidos a Regime Próprio de Previdência Social.

O dispositivo em exame veda o pagamento do benefício a mais de um adotante ou guardião ao mesmo tempo.

Nesta esteira, tem-se a decisão prolatada pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Segue parte do fundamento sedimentado pelo Tribunal:

[...] Aponto que o fundamento no sentido de que a pretensão não se escora no princípio da isonomia, mas sim pretende uma política afirmativa que ultrapassaria a questão da correção de um eventual tratamento discriminatório transbordando para uma ampliação dos direitos sem virtude de uma especial condição. Ressalto tal ponto pois uma mulher que dá à luz gêmeos, teria direito a apenas um salário maternidade. Isso porque o benefício não é pago com base no número de filhos, mas sim em relação aos vínculos da trabalhadora com o INSS, em substituição ao seu salário enquanto estiver afastada da atividade, por causa do parto e cuidados com a criança.

(TRF-3 – RI: 0004875-25.2018.4.03.6317 SP, Relator: JUIZ (A) FEDERAL RICARDO GERALDO REZENDE SILVEIRA, Data de julgamento: 29/04/2020, 8ª TURMA RECURSAL DE SÃO PAULO, Data da Publicação: e-DDJ3 Judicial DATA: 06/05/2020)

Outrossim, robustecendo esta percepção, há o julgado do TRF da 2ª

Região:

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO. REMESSA EX OFFICIO SALÁRIO MATERNIDADE. PARTO E MÃE NÃO GESTANTE. DUPLA MATERNIDADE RECONHECIDA JUDICIALMENTE. DIMENSÃO DE NOVAS ENTIDADES FAMILIARES. DIREITO AO BENEFÍCIO POR UMA DAS MÃES. PROTEÇÃO DA CRIANÇA. RECURSO E REMESSA IMPROVIDOS.SENTENÇA MANTIDA.

[...] Tendo a dupla maternidade sido reconhecida judicialmente (e-fl. 51), em sede da ação de reconhecimento de Dupla Maternidade, processo nº 0150957-83.2015.8.19.0001, não se podem negar as consequências naturais deste estado. Sendo ambas as mães seguradas do INSS, qualquer delas tem direito a gozar da licença maternidade, desde que não onere a previdência para além do que seria devido caso se tratasse de uma família constituída de pai e mãe. Não havendo dupla percepção, não há privilégio. Há, apenas, exercício da esfera privada de liberdade do casal de mães.

(TRF-2 – AC: 0143171-21.2015.4.02.5101, Relator: MESSOD AZULAY NETO, Data de Julgamento: 22/02/2017, 2ª TURMA ESPECIALIZADA)

O princípio da igualdade está consagrado na Carta Política, mais especificadamente em seu artigo 5º, caput e inciso I:

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;

[...]

O constituinte deu especial tratamento a este medular postulado jurídico ao introduzi-lo no topo de um dos principais artigos que tratam dos direitos e garantias fundamentais. Logo, ele deve ser respeitado pelas legislações infralegais e os juristas em todas suas nuances.

Rodrigo Padilha (2020, p. 260) ensina que existe a igualdade formal e a material. Segundo ele, o aspecto formal leva em conta o sentido literal de igualdade, onde as particularidades do indivíduo não são o foco. Por outro lado, de acordo com o prisma material, tratamentos diferentes devem ser dados a pessoas diferentes, desde que respeitada a proporcionalidade.

Complementa Alexandre de Moraes (2019, p. 36):

A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com os critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos.

Frente ao que foi dilucidado sobre a igualdade, como o escopo principal do salário-maternidade é de assegurar um conforto maior para criança, de protegê-la, a título exemplificativo, seria desigual condenar a Previdência Social ao pagamento do benefício às duas mães e não a um casal composto por mãe e pai. Assim, a perspectiva a ser adotada seria a da igualdade formal, sem considerar as individualidades dos casais, em que pese, que o ideal seria que ambos nas duas situações fossem contemplados, pois significaria uma maior segurança financeira para os cuidados com a criança. No entanto, o erário público não comportaria tamanha despesa.

Ante o exposto, conceder o salário-maternidade para duas mães, seria o mesmo de se admitir uma situação discriminatória em relação a outras composições familiares. Deste modo, é cabível o pagamento apenas a uma das mães conforme a jurisprudência predominante.

3 CONCLUSÃO

O Supremo Tribunal Federal ao reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar, quis colocá-la em condições de igualdade com a comunhão heteroafetiva.

O salário-maternidade tem como condão primordial, o de resguardar a criança, garantindo-lhe seu sustento, seja ela gestada pelos pais ou adotada. Ao passo que, se que um deles for agraciado pelo benefício da Previdência Social, em tese, o propósito estaria sendo cumprido.

A jurisprudência ao se posicionar contrariamente a possibilidade de o salário-maternidade ser deferido a um casal de mães ao mesmo tempo, apenas reproduz o entendimento fincado pela Alta Corte, isto é, replica o princípio da igualdade na ótica formal, onde, tendo em vista que não é possível o salário-

maternidade a pessoas de sexos opostos simultaneamente, não há motivos para que um casal de duas mulheres seja agraciado com ele.

Caso assim não fosse, o princípio norteador estaria sendo violado frontalmente. Para que não houvesse um atentado a Estado democrático de direito, a ampliação desse direito deveria ocorrer para todas espécies de composições familiares.

REFERÊNCIAS

BRAGANÇA, Kerlly Huback. **Manual de Direito Previdenciário**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. **Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999**. Brasília, DF: 1999. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm>. Acesso em: 29 mai. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Brasília, DF: 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 01 jun. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. 2ª Região. Apelação Cível. Processo nº 0143171-21.2015.4.02.5101. Desembargador Juiz Messod Azulay Neto. julgado em: 17/02/2017. Disponível em: <https://www10.trf2.jus.br/consultas/?q=0143171-21.2015.4.02.5101&site=v2_jurisprudencia&client=v2_index&proxystylesheet=v2_index&filter=0&getfields=*&lr=lang_pt&oe=UTF-8&ie=UTF-8&output=xml_no_dtd&sort=date%3AD%3A%3Ad1&adv=1&base=JP-TRF&entsp=a&wc=200&wc_mc=0&ud=1>. Acesso em: 25 mai. de 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. 3ª Região. Recurso Inominado. Processo nº 0000031-74.2018.4.03.6303. Juíza Federal Fernando Souza Hutzler. julgado em: 05/09/2019. Disponível em: <<https://trf3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/758451716/recurso-inominado-ri-317420184036303-sp/inteiro-teor-758451726?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 4 jun. de 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. 3ª Região. Recurso Inominado. Processo nº 0004875-25.2018.4.03.6317. Juiz Federal Ricardo Geraldo Rezende Silveira. julgado em: 29/04/2020. Disponível em: <<https://trf3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/841209103/recurso-inominado-ri-48752520184036317-sp/inteiro-teor-841209113?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 6 jun. de 2020.

CARLOS, Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Direito Previdenciário**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**. Barueri, SP: Manole, 2011.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Método, 2020.

LEITÃO, André Studart, MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'Anna. **Manual de direito previdenciário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de Direito Previdenciário**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014.