

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO ECONÔMICO E DO TRABALHO

Gustavo Luchi da Silva

SALÁRIO-MATERNIDADE NO BRASIL
E ATUAIS CONFIGURAÇÕES FAMILIARES

Porto Alegre
2018

GUSTAVO LUCHI DA SILVA

**SALÁRIO-MATERNIDADE NO BRASIL E ATUAIS CONFIGURAÇÕES
FAMILIARES**

Monografia apresentada como trabalho de conclusão de curso para obtenção do título de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Sonilde Kugel Lazzarin

Porto Alegre
2018

GUSTAVO LUCHI DA SILVA

**SALÁRIO-MATERNIDADE NO BRASIL E ATUAIS CONFIGURAÇÕES
FAMILIARES**

Monografia apresentada como trabalho de conclusão de curso para obtenção do título de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovada em 07 de dezembro de 2018.

BANCA EXAMINADORA:

Professora Doutora Sonilde Kugel Lazzarin
orientadora

Professor Doutor Rodrigo Coimbra Santos

Professora Doutora Luciane Cardoso Barzotto

RESUMO

Esta monografia busca entender a relação do benefício previdenciário salário-maternidade com as diferentes configurações familiares. Para tanto, o trabalho foi dividido em duas partes. Em um primeiro momento, busca-se entender o processo de inclusão de novos grupos como beneficiários, por meio do estudo da evolução histórica da legislação sobre o tema. Nesse sentido, o benefício previdenciário é analisado desde seu surgimento, com a Constituição Federal de 1934, e sua regulamentação pela CLT em 1943, passando pelas principais alterações feitas: a Constituição Federal de 1967; a regulamentação como benefício previdenciário em 1974; o aumento e a constitucionalização do período de cento e vinte dias pela Constituição Federal de 1988; a maior estruturação pela Lei de Planos de Benefícios da Previdência Social; as subsequentes alterações normativas que incluíram novas categorias de seguradas como destinatárias do benefício; a disposição da adoção como fato gerador; a possibilidade de extensão do período de licença pela empresa via dedução tributária; a proteção da pessoa cônjuge ou companheira no caso de falecimento da pessoa beneficiária; a inclusão de homens como destinatários do benefício previdenciário no caso de adoção; até a análise da atual estrutura do benefício. Em um segundo momento, é feito um exame de atuais controvérsias e de situações que carecem de regulamentação legislativa: a previsão de salário-maternidade para adoção de adolescentes em consonância com a licença-maternidade prevista na legislação trabalhista; a disposição de concessão de salário-maternidade para gestação substitutiva; a questão do reconhecimento da transgeneridade e seus impactos na concessão do benefício; a concessão de salário-maternidade para famílias homoafetivas e para famílias não-monogâmicas. Por fim, discute-se os desafios à concretização da igualdade de gênero no contexto laboral e a contribuição do salário-maternidade para tanto, analisando-se relevante proposta de emenda constitucional sobre o tema. Enfrenta-se o principal argumento, sustentado judicialmente, do INSS para negar a extensão do benefício a determinadas famílias, qual seja, a suposta falta de prévia fonte de custeio, e encerra-se o trabalho com a discussão acerca da necessidade de mudanças legislativas para superação do contexto de inconstitucionalidade da estrutura normativa de licença parental.

Palavras-chave: Salário-maternidade. Licença-maternidade. Famílias. Igualdade. Parentalidade.

ABSTRACT

This monograph seeks to understand the relationship between the social security benefit of maternity leave cash benefit and the different family configurations. To this end, the work was divided into two parts. At first, this paper aims to understand the process of inclusion of new groups as beneficiaries, through the study of the legislation historical evolution on the subject. In this sense, the social security benefit is analyzed since its creation, with the Federal Constitution of 1934, and its regulation by the Consolidation of Labour Laws (CLT) in 1943, and through the main changes made: the Federal Constitution of 1967; Regulation as a social security benefit in 1974; The increase and constitutionalization of the period to one hundred and twenty days by the Federal constitution of 1988; The greater structuring by the Social Security Benefits Plans Act; The subsequent normative changes that included new categories of works as beneficiaries; The disposition of adoption as a triggering event; The possibility of extending the paid leave period by the employer via tax deduction; The protection of the deceased beneficiary's spouse or companion; The inclusion of men as beneficiaries when adopting; up to the analysis of the current benefit framework. At second, this monograph seeks to examine the current controversies and situations that lack legislative regulation: a provision of maternity leave cash benefit when adopting teenagers in line with the maternity leave in the aforementioned case, provided by labour law; The maternity leave cash benefit grating for surrogacy; The issue with the recognition of transgenerity and its impacts on the benefit granting; The maternity cash benefit provision for homoaffective families and non-monogamous families. Finally, this monograph discusses the challenges to achieve gender equality in the labor context and the contribution of the maternity leave cash benefit to do so, analyzing a relevant proposal for a constitutional amendment on the subject. The main argument stated in court by the Brazilian Social Insurance Institution to deny the extension of the benefit to certain families is rebutted, namely the alleged lack of a previous source of funding. The paper is concluded with the discussion about the need for legislative changes to overcome the unconstitutional parental leave normative framework.

Keywords: Maternity Leave Cash Benefit. Maternity Leave. Families. Equality. Parenthood.

LISTA DE ABREVIATURAS

CF/67 – Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1967

CF/88 – Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988

CFM – Conselho Federal de Medicina

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

DJe – Diário de Justiça Eletrônico

DOU – Diário Oficial da União

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/90

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

INSS – Instituto Nacional do Seguro Social

LBPS – Planos de Benefícios da Previdência Social

MPF – Ministério Público Federal

OIT – Organização Internacional do Trabalho

PEA – População Economicamente ativa

PEDILEF – Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal

RPS – Regulamento da Previdência Social – Decreto 3.048/99

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUS – Sistema Único de Saúde

TNU – Turma Nacional de Uniformização da Jurisprudência dos Juizados Especiais
Federais

TRF/4 – Tribunal Regional Federal da 4ª Região

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	2
2	SALÁRIO-MATERNIDADE no sistema normativo brasileiro	4
2.1	A criação do Benefício	4
2.2	Adoção	9
2.3	Licença-maternidade estendida: Programa Empresa Cidadã	12
2.4	Falecimento da Pessoa Beneficiária	14
2.5	Salário-maternidade na atualidade	16
3	Salário-Maternidade: questões controvertidas	22
3.1	O Atual Descompasso entre Licença-Maternidade e Salário-Maternidade no Caso de Adoção de Adolescentes	22
3.2	Gestação Substitutiva	27
3.3	Pessoa Transgênero	33
3.4	Famílias Homoafetivas	37
3.5	Famílias Não-Monogâmicas	43
3.6	Outras questões: igualdade de gênero, salário-paternidade, salário-natalidade e fonte de custeio	48
4	CONCLUSÃO	60
	REFERÊNCIAS	64

1 INTRODUÇÃO

Um dos grandes desafios do Direito é acompanhar as mudanças sociais. A todo tempo, a produção jurídica volta-se a regulamentar e a solucionar questões que já estão ocorrendo na vida social. Desse modo, o direito está diretamente relacionado com a cultura da sociedade na qual está imerso: além de ser por ela influenciado, sofrendo efeitos de diversas formas de ação política de diferentes grupos sociais, também a influencia.

A sociedade, cada vez mais complexa em suas relações, exige do direito que também se torne mais complexo, a fim de atender as novas dimensões da vida social que exigem regulamentação. A regulação da família é um bom exemplo para demonstrar que as mudanças jurídicas não podem ser compreendidas de forma isolada, mas sim em estreita relação com a realidade social na qual estão inseridas. Atualmente, o modelo de família que se baseia no casamento entre homem e mulher e seus filhos biológicos mantém sua importância na sociedade, mas não pode mais ser tido como única configuração familiar.

Com efeito, as leis e as decisões judiciais provocam mudanças nos relacionamentos e induzem a condutas que, com a ausência de regulação, não ocorreriam. Nesse sentido, situações sociais até então relegadas à marginalidade podem ser alçadas pelo direito a uma posição de igualdade com as demais.

Nesse escopo, a Constituição Federal de 1988 teve importante papel de estabelecer direitos, a fim de concretizar mudanças sociais no período pós-ditatorial. Com isso, fundamenta-se na dignidade da pessoa humana e constitui, como objetivos fundamentais da república, a promoção do bem de todos, sem discriminação; a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da marginalização e a redução das desigualdades sociais. A partir desse contexto normativo, grupos sociais marginalizados têm

conseguido avançar na garantia de seus direitos, e fatos sociais antes não amparados pelo direito têm sido nele incluídos.

Assim, o presente trabalho debruça-se sobre uma série de configurações familiares existentes na vida social e que estão, paulatinamente, sendo afastadas da marginalidade jurídica para serem abrigadas pelo sistema normativo brasileiro, especificamente pelo benefício previdenciário salário-maternidade. Busca-se responder à seguinte questão: “como é e como pode ser tratado o salário-maternidade frente às atuais configurações familiares?”.

Com uma retrospectiva histórica da criação e das principais alterações efetuadas no benefício previdenciário – e seu gradual abrigo a outros formatos familiares, como a filiação adotiva e a adoção por homens –, busca-se entender como o direito brasileiro vem dando efetividade ao salário-maternidade previsto no art. 7º, XVIII da Constituição Federal de 1988.

Em seguida, procura-se explorar questões controvertidas e não regulamentadas em relação ao benefício previdenciário. Primeiro, discute-se a disparidade atual entre o salário-maternidade e o benefício trabalhista da licença-maternidade, no caso de adoção de adolescentes. Em seguida, trata-se da gestação substitutiva e a ausência de diploma normativo sobre o tema no que entrecruza o referido benefício.

Depois, estuda-se a transgeneridade e sua relação com o salário-maternidade. Passa-se então a discutir as dificuldades e as injustiças a que as famílias homoafetivas estão submetidas. Logo mais, discute-se como pode ser tratada a questão da concessão do salário-maternidade quando diante de famílias não-monogâmicas.

Por fim, procura-se discutir as limitações do atual sistema de proteção parental para a consecução da igualdade de gênero e aborda-se os limites da concessão de benefícios diante da ausência de previsão legislativa para os casos acima citados.

2 SALÁRIO-MATERNIDADE NO SISTEMA NORMATIVO BRASILEIRO

Integrante do conjunto de benefícios de proteção à família e à maternidade¹, o salário-maternidade é benefício previdenciário e tem como fato gerador um dos seguintes²: (a) o parto; (b) o aborto não-criminoso²; (c) a adoção ou a guarda para fins de adoção. Significativamente modificado ao longo dos anos, cabe destaque às principais alterações surgidas ao longo de sua história.

2.1 A criação do Benefício

O benefício surgiu no direito brasileiro pela primeira vez por previsão da Constituição Federal de 1934, que em seu artigo 121 trazia:

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

§ 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador:

[...]

h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte;³

A regulamentação do direito ao “descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego” ocorreu por meio da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Em sua redação original, o diploma normativo, outorgado em 1943, previa a proibição do trabalho da mulher grávida nas seis semanas

¹ LAZZARI, João Batista; CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. **Manual de Direito Previdenciário**, 20. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 910.

² O falecimento de pessoa com direito ao benefício (quando houver cônjuge ou pessoa companheira apta a receber o benefício, no todo (caso não tenha sido usufruído pela pessoa falecida) ou na porção não usufruída, além de não ter havido abandono ou falecimento da pessoa filha a qual deu origem ao salário-maternidade) não é fato gerador do salário-maternidade, pois há, em verdade, sucessão de sujeitos ativos. Trata-se do mesmo benefício, pago a outro sujeito ativo. A iminência do parto – comprovação mediante atestado médico, conforme art. 96 do Decreto 3.048/99 (RPS) – é razão para o adiantamento do pagamento, mas não há de se falar em fato gerador próprio, dado que haveria, de outra forma, quando da ocorrência do parto, um segundo fato gerador.

³ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 18 nov. 2018.

anteriores e posteriores ao parto (art. 392⁴), com remuneração integral, tendo por base a média de seus últimos seis meses de trabalho (art. 393⁵). Dispunha também sobre possível extensão do período em duas semanas, tanto antes quanto após o parto. Em caso de ocorrência de aborto não criminoso, previa repouso remunerado por duas semanas (art. 395⁶).

Durante a ditadura civil-militar, a outorga da Constituição Federal de 1967 (CF/67) constitucionalizou o direito ao “descanso remunerado da gestante, antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego e do salário”, em seu art. 158, inciso XI⁷. Dispunha também sobre a proteção à maternidade como função da previdência social em seu art. 158, inciso XVI⁸; além da instituição de norma programática prevendo assistência à maternidade e à infância no art. 167, § 4^o.

Porém, esse direito veio a ser definido como benefício previdenciário somente em 1974, com o advento da Lei 6.136¹⁰. Com esse diploma normativo, o empregador passou a adiantar o seu pagamento, tendo posterior abatimento no momento do recolhimento de contribuições à previdência. Descolou-se, assim, o salário-maternidade do âmbito trabalhista. Manteve-se na seara trabalhista a licença-maternidade, causa interruptiva do contrato de trabalho, ao passo que o salário-maternidade passou a ser benefício previdenciário¹¹

⁴ BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943 - Publicação Original - Portal Câmara dos Deputados**. Planalto. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-5452-1-maio-1943-415500-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 11 out. 2018.

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*

⁷ BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 11 out. 2018.

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ibid.*

¹⁰ BRASIL. **Lei n. 6136, de 7 de novembro de 1974**. Planalto. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6136-7-novembro-1974-357013-normaatualizada-pl.html>>. Acesso em: 15 out. 2018.

¹¹ LAZZARI; CASTRO. **Manual de Direito Previdenciário**. p. 910.

constante do rol de prestações asseguradas pela previdência social, à época, dado pela Lei 3.807/60 em seu art. 22.¹²

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) deu origem a um sistema inédito no direito brasileiro, estabelecendo – em seu art. 194¹³ – a atuação integrada de três importantíssimas políticas públicas: saúde, assistência social e seguro (social e previdenciário).¹⁴ Estava instituído um sistema de seguridade social.

Com recursos de uso exclusivo da seguridade social, de financiamento tridimensional (contribuições do estado, de quem trabalha e de quem emprega), a proteção social atingiu outro patamar. Apesar de já haver a tripartição do financiamento entre estado, empresas e pessoas trabalhadoras a partir da constituição de 1934, foi a chamada Constituição Cidadã¹⁵ que pautou a universalização da seguridade. Estabeleceu modalidade autônoma de tributo, de vinculação constitucional específica¹⁶, garantindo um orçamento de Estado para sua consecução¹⁷.

O salário-maternidade passou então a ter duração de cento e vinte dias – conforme art. 7º, XVIII¹⁸. É forma de efetivação da proteção à maternidade, à pessoa gestante e à infância, previsões constitucionais contidas nos art. 6º, *caput* e art. 201, inciso II¹⁹.

¹² BRASIL. **Lei n. 3.807, de 26 de agosto de 1960 - Publicação Original**. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-3807-26-agosto-1960-354492-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 18 nov. 2018.

¹³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 out. 2018.

¹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. Edição: 2. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 1982.

¹⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

¹⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – Tribunal Pleno. MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 8/DF. Requerente: Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 13 out. 1999. DJ 04/04/2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=372907>>. Acesso em 20 nov. 2018.

¹⁷ CANOTILHO *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. p. 1986.

¹⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

¹⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

Em seguida, em 1991, foi promulgada a lei 8.213, que dispôs sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social (LBPS)²⁰. O referido diploma previu, em sua redação original, art. 71, direito ao benefício “durante 28 (vinte e oito) dias antes e 92 (noventa e dois) dias depois do parto, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade”²¹. Benefício concedido às empregadas, inclusive as domésticas e às trabalhadoras avulsas, sem exigência de carência. À exceção do sistema posto desde a Lei 6.136/74²², a empregada doméstica veio a receber o benefício pago diretamente pela Previdência Social, em valor correspondente ao seu último salário-de-contribuição, vide art. 73 do referido diploma²³.

O projeto de lei que deu origem à LBPS previa também a concessão do salário-maternidade à segurada especial, em seu art. 100²⁴. Contudo, sob a justificativa de que não havia contrapartida para a despesa, o Presidente da República vetou o artigo em questão²⁵. A segurada especial só veio a ser titular do benefício com o advento da Lei 8.861/94²⁶, quando passou a ter direito a um salário mínimo como benefício, desde que não estivesse no período de carência. Período esse que, inicialmente, se findava no décimo segundo mês de atividade rural, não necessariamente contínuo, apurado em um intervalo de não mais do que quinze meses.

A Lei 9.876/99²⁷ trouxe diversas alterações à LBPS²⁸. Garantiu à segurada especial o direito de receber salário-maternidade com base em seu salário-de-contribuição, caso decidisse contribuir. Alterou também a redação do art. 71 da LBPS, prevendo a possibilidade de início do benefício “entre 28

²⁰ BRASIL. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 15 out. 2018.

²¹ *Ibid.*

²² BRASIL. Lei n. 6136, de 7 de novembro de 1974.

²³ *Ibid.*

²⁴ BRASIL. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991.

²⁵ ROCHA, Daniel Machado da. **Comentários à lei de Benefícios da Previdência Social: lei nº 8.213, de 24 de Julho de 1991**. 16. ed., rev. atual., e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. p. 588.

²⁶ BRASIL. Lei n. 8.861, de 25 de março de 1994. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8861.htm>. Acesso em: 15 out. 2018.

²⁷ BRASIL. Lei n. 9.876, de 26 de novembro de 1999. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9876.htm>. Acesso em: 15 out. 2018.

²⁸ BRASIL. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991.

(vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste”²⁹. Ainda, por força da Lei 9.876/99, as seguradas contribuintes individual e facultativa vieram a ser destinatárias do salário-maternidade³⁰. Essa Lei previu dez meses como período de carência para ambas e para a segurada especial³¹. Estabeleceu ainda, por meio de alteração no art. 73, a forma de cálculo do benefício³².

Mais tarde, o decreto 6.122/07³³ deu nova redação ao art. 97 do Decreto 3.048/99 – Regulamento da Previdência Social (RPS)³⁴. Apesar da previsão legal de cálculo estabelecida em 1999 pela Lei 9.876³⁵, as pessoas desempregadas só tiveram regulamentado o direito à percepção do benefício calculado de igual forma em 2007. O decreto modificativo em questão previu também a limitação dos casos de demissão por justa causa ou a pedido, além de exigir a manutenção da condição de segurada – art. 97, *caput* e parágrafo único do Decreto 6122/07³⁶.

Já no que tange à demissão sem justa causa, entendeu-se jurisprudencialmente que, caso houvesse pagamento das verbas indenizatórias em sua integralidade, não restaria direito ao recebimento do salário-maternidade por parte do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) – evitando-se, desse modo, o pagamento em duplicidade. Contudo, não havendo

²⁹ *Ibid.*

³⁰ BRASIL. **Lei n. 9.876, de 26 de novembro de 1999**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9876.htm>. Acesso em 22 nov. 2018.

³¹ Mesmo no caso de segurada especial sem contribuição opcional. Em uma primeira leitura, a segurada submeter-se-ia à carência de doze meses estabelecida no art. 39, parágrafo único da LBPS, mas se pacificou o entendimento jurisprudencial e administrativo da inaplicabilidade de prazo maior tão somente à segurada especial. Sobre o assunto: LEITÃO, André Studart. **Manual de Direito Previdenciário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 440; ROCHA. **Comentários à lei de Benefícios da Previdência Social**. p. 477.

³² Art. 73. Assegurado o valor de um salário mínimo, o salário-maternidade para as demais seguradas consistirá: [...] II - em um doze avos do valor sobre o qual incidiu sua última contribuição anual, para a segurada especial;

III - em um doze avos da soma dos doze últimos salários-de-contribuição, apurados em um período não superior a quinze meses, para as demais seguradas. BRASIL. **Lei n. 9.876, de 26 de novembro de 1999**.

³³ BRASIL. **Decreto n. 6.122, de 13 de junho de 2007**. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2007-2010/2007/Decreto/D6122.htm>. Acesso em: 15 out. 2018.

³⁴ BRASIL. **decreto n. 3.048, de 6 de maio de 1999**. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3048.htm>. Acesso em: 15 out. 2018.

³⁵ BRASIL. **Lei n. 9.876, de 26 de novembro de 1999**.

³⁶ BRASIL. **Decreto n. 6.122, de 13 de junho de 2007**.

indenização, recairia diretamente sobre o INSS a responsabilidade pelo pagamento. Nesse sentido, há precedentes da Turma Nacional de Uniformização da Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais (TNU) – tema representativo n. 113³⁷ – e julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ)³⁸. O principal argumento é de que o pagamento por parte do empregador é mera forma de facilitar a operacionalização e entender diferente seria transformar um benefício previdenciário em uma indenização trabalhista.

2.2 Adoção

Em 2002, há ampliação das hipóteses de incidência da norma previdenciária de salário-maternidade com a promulgação da Lei 10.421³⁹, alterando a CLT e a LBPS, passando a abranger guardiões para fins de adoção e adotantes⁴⁰ como possíveis titulares. Acolheu-se a jurisprudência, a qual já vinha garantindo a equiparação entre adotantes e parturientes⁴¹. Efetivou-se, assim, a proibição à discriminação dos filhos adotivos em relação aos filhos biológicos, expressamente prevista no art. 227, § 6º da CF/88⁴² – dado que até

³⁷ BRASIL. Conselho da Justiça Federal – Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal 201071580049216. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Recorrido: Dione Beatriz Hahn. Relator: Des. Paulo Ernane Moreira Barros. Brasília, 13 de nov. de 2013. Diário Oficial da União (DOU) 18 nov. 2013. p. 113/156. Disponível em: <<https://www2.jf.jus.br/phpdoc/virtus/uploads/Fv8T0RDL.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – 2ª Turma. Recurso Especial 1309251/RS. Recorrente: INSS. Recorrido: Barbara de Souza Gonçalves. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Brasília, 21 maio 2013. Diário de Justiça Eletrônico (DJe) 28 maio 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=28940849&num_registro=201200308258&data=20130528&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 15 nov. 2018.

³⁹ BRASIL. **Lei n. 10.421, de 15 de abril de 2002**. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10421.htm>. Acesso em: 16 out. 2018.

⁴⁰ Exigindo-se a disposição na nova certidão de nascimento, ou no termo de guarda, o nome da pessoa segurada adotante ou guardiã, além de, no último caso, afirmação “guarda para fins de adoção”. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito da Seguridade Social**. 3ª ed., rev.atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 488.

⁴¹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário 778889/PE. Recorrente: Mônica Correia de Araújo. Recorrido: União. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 10 mar. 2016. DJe-159, public. 01/08/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11338347>>. Acesso em 15 nov. 2018. e ROCHA. **Comentários à lei de Benefícios da Previdência Social**. p. 482.

então a pessoa adotada não tinha direito a ter sua mãe consigo nos primeiros 4 meses dentro da nova família.

A supracitada lei, em seu art. 3º, incluiu o art. 71-A na LBPS, concedendo o benefício para adotantes de criança de até oito anos de idade, além de distinguir prazos de benefício com base na idade da criança. O escalonamento de prazos era o seguinte: cento e vinte dias para criança até um ano; sessenta dias para criança entre um e quatro anos e trinta dias para criança entre quatro e oito anos⁴³.

Tal injusta distinção entre crianças de diferentes idades, em termos legais, durou até 2013, quando foi promulgada a Lei 12.873⁴⁴. Anteriormente à sua publicação, contudo, a jurisprudência por vezes já reconhecia o direito da pessoa adotante à igual período de benefício. Os argumentos de destaque residiam na proteção constitucional à maternidade e à infância enquanto um direito social, constituindo dever de todos assegurar à criança, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação e à convivência familiar e comunitária, e na vedação constitucional de discriminação entre filhos naturais e adotivos:

“(...) a limitação imposta pelo art. 71-A da Lei nº 8.213/91 implica ofensa a diversos dispositivos constitucionais, especificamente os princípios e as regras insculpidos no art. 6º, caput, no art. 203, I, e no art. 227, caput e § 6º, todos da Constituição Federal. Por essa razão, a limitação não é somente ilegal para as seguradas empregadas, vinculadas à CLT, mas também inconstitucional para as demais seguradas (contribuinte individual, especial, avulso, doméstica) por ofensa à Constituição Federal.”⁴⁵

⁴³ BRASIL. **Lei n. 10.421, de 15 de abril de 2002.**

⁴⁴ BRASIL. **Lei n. 12.873, de 24 de outubro de 2013.** Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2011-2014/2013/Lei/L12873.htm>. Acesso em: 16 out. 2018.

⁴⁵ BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL DA 4ª REGIÃO – Corte Especial. Arguição de Inconstitucionalidade n. 5014256-88.2012.404.0000/TRF. Suscitante: 5ª Turma do TRF/4. Interessados: INSS e MPF. Relator: Des. Rogerio Favreto. Porto Alegre, 19 dez. 2012. Diário Eletrônico (DE) 6 dez. 2012. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=5607116>. Acesso em 15 nov. 2018. Decisão analisada no ponto 3.1, vide p.18. São os artigos nela referidos, cuja transcrição é devida dada tamanha importância: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”; “Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice”; “Art.

A alteração promovida pela Lei 12.873/13⁴⁶ retirou a distinção etária, além de incluir a expressão “ao segurado ou segurada”, consagrando o direito ao salário-maternidade para homens adotantes. Contudo, manteve o trecho “adoção de criança”. Parte da doutrina, a partir de então, baseou-se na definição do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)⁴⁷ de que criança é a pessoa de até doze anos incompletos⁴⁸, limitando a aplicabilidade do benefício.

Em 2017, houve alteração do art. 392-A da CLT⁴⁹, por força da Lei 13.509/17⁵⁰, tornando expressa a previsão de licença-maternidade no caso de adoção de adolescentes, sem, entretanto, alterar a redação do salário-maternidade. Incongruência que se aborda mais adiante – ponto 3.1.

A adoção é, atualmente, o único cenário em que há previsão legal de concessão de dois salários-maternidade em função de uma mesma criança, pois trata-se de dois fatos geradores: o parto e a adoção. Acontece quando a mãe biológica recebeu o referido benefício e a pessoa adotante também o requer; já no caso de adoção por cônjuges, somente um deles poderá receber o benefício (ambas previsões constantes do art. 71-A, § 2º da LBPS⁵¹). Também não há diferença no recebimento do salário-maternidade caso haja

227. *É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. [...] § 6º - 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.* BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

⁴⁶ BRASIL. **Lei n. 12.873, de 24 de outubro de 2013.**

⁴⁷ BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.** Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 16 out. 2018.

⁴⁸ A favor da tese: ROCHA. **Comentários à lei de Benefícios da Previdência Social.** p. 481. e contrária a tese: BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL DA 3ª REGIÃO – 10ª Turma. Apelação Cível 0023779-76.2016.4.03.9999. Apelante: INSS. Apelado: Claus Peter de Oliveira Willi. Relatora: Des. Lucia Ursaiá. São Paulo, 13 dez. 2016. DE 23 jan. 2017. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/5468592>>. Acesso em 15 nov. 2018.

⁴⁹ BRASIL. **Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943.** Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 23 out. 2018.

⁵⁰ BRASIL. **Lei n. 13.509, de 22 de novembro de 2017.** Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2017/Lei/L13509.htm#art1>. Acesso em: 26 out. 2018.

⁵¹ BRASIL. **Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991.**

adoção de mais de uma criança, em equivalência à inexistência de adicional pelo parto de gêmeos.

2.3 Licença-maternidade estendida: Programa Empresa Cidadã

Com o surgimento do Programa Empresa Cidadã, pela Lei 11.770/08⁵², regulamentada com o Decreto 7.052/09⁵³, possibilitou-se a extensão da licença-maternidade para cento e oitenta dias. Às empresas aderentes tributadas pelo regime de lucro real foram concedidas deduções tributárias equivalentes ao montante gasto (o qual é, em última análise, de responsabilidade da empresa) com o aumento da licença-maternidade. Não se trata, portanto, de benefício previdenciário⁵⁴, tampouco de responsabilidade do INSS. Assim entendeu o Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF/4): “o Programa Empresa Cidadã, criada pela Lei 11.770/08, não é aplicável ao INSS, bem como que não há previsão na Lei 8.213/91 de prorrogação do benefício de salário-maternidade”⁵⁵.

As empregadas abrangidas passaram a poder optar, até o fim do primeiro mês do benefício, por uma extensão na interrupção do contrato de trabalho. Infelizmente, por uma série de razões, a adesão ao programa foi baixa. Até setembro de 2015, só pouco mais de dez por cento das empresas passíveis de serem beneficiadas pelas deduções haviam se cadastrado⁵⁶. Há

⁵² BRASIL. **Lei n. 11.770, de 9 de setembro de 2008**. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2008/lei/l11770.htm>. Acesso em: 15 out. 2018.

⁵³ BRASIL. **Decreto n. 7.052, de 23 de dezembro de 2009**. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/Decreto/D7052.htm>. Acesso em: 15 out. 2018.

⁵⁴ GARCIA. **Curso de Direito da Seguridade Social**. p. 493.

⁵⁵ BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO – 3ª Turma Recursal do Paraná. Recurso de Medida Cautelar 5032825-84.2015.404.7000/PR. Recorrente: Debora Goncalves Pinto. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Relatora Flavia da Silva Xavier. Curitiba, 26 ago. 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=4&documento=9009252>. Acesso em 15 nov. 2018.

⁵⁶ **Licença-maternidade de seis meses tem baixa adesão de empresas - 15/02/2016 - Mercado**. Folha de S.Paulo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/02/1739576-licenca-maternidade-de-seis-meses-tem-baixa-adesao-de-empresas.shtml>>. Acesso em: 8 maio 2018.

e Licença-paternidade de 20 dias só é oferecida em 12% das empresas. O Globo. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/emprego/licenca-paternidade-de-20-dias-so-oferecida-em-12-das-empresas-21696902>>. Acesso em: 9 maio 2018.

inclusive evidências de um impacto negativo na remuneração média percebida pelas trabalhadoras teoricamente beneficiadas⁵⁷. Conjunto de evidências que apontam para uma insuficiência de estímulos legais para a adesão ao programa.

A prorrogação da licença por mais sessenta dias exige a continuidade da não utilização de creches ou similares (art. 5º do Decreto 7.052/09)⁵⁸, sob pena de cessação do benefício. As exigências, feitas também durante o período sob responsabilidade da Previdência Social, buscam promover o convívio íntimo com o bebê, o que assegura a atenção a diversos objetivos. De um lado, estimula indiretamente a amamentação por mais tempo – a qual gera benefícios tanto para o vínculo afetivo familiar quanto para saúde da mãe e do bebê, conseqüentemente desonerando o Sistema Único de Saúde (SUS). De outro, a não utilização de creches impacta positivamente os cofres públicos, dado que, sem a vedação, parte das mães demandariam vagas em creches públicas.

Por fim, sob as mesmas exigências estão os homens submetidos quando requererem, até dois dias úteis após o parto, prorrogação da licença-paternidade por mais quinze dias⁵⁹. Há ainda a exigência de comprovação de participação em programa ou atividade de orientação sobre paternidade responsável⁶⁰. De igual forma, o período é de responsabilidade do ente empregador e poderá ser deduzido do imposto devido, quando tributada com base no lucro real.

⁵⁷ MEIRELES, Débora Chaves; FREGUGLIA, Ricardo da Silva; CORSEUIL, Carlos Henrique Leite. **Programa empresa cidadã: os impactos do aumento da licença-maternidade sobre os trabalhadores**. In: Encontro Nacional de Economia, 45., 2017. Rio Grande do Norte. *Anais eletrônicos...* Recife: ANPEC, 2017. Disponível em: <<https://www.anpec.org.br/encontro/2017/submissao/files/I/i12-fbcbde83b492e491ea58cd18fa34b370.docx>>. Acesso em: 8 maio 2018.

⁵⁸ BRASIL. **Decreto n. 7.052, de 23 de dezembro de 2009**.

⁵⁹ Art. 1º, II. BRASIL. **Lei n. 11.770, de 9 de setembro de 2008**.

⁶⁰ Art. 1º, § 1º, II. *Ibid.*

2.4 Falecimento da Pessoa Beneficiária

Com o advento da Lei 12.873/13⁶¹, buscando-se aumentar a eficácia dos preceitos constitucionais de proteção à infância, à família e ao seu convívio, determinadas crianças, órfãs de pessoa genitora que recebia ou poderia receber salário-maternidade, passaram a ser mais protegidas. A referida Lei dispôs que, no caso de falecimento de pessoa segurada que faria jus ao benefício, seu cônjuge ou pessoa companheira sobrevivente (desde que seja segurada) passa a ter direito a requerer o benefício, conseqüentemente acompanhado pela concessão da licença-maternidade. Exige-se, para tanto, ter a criança sobrevivido e não ter sido abandonada por quem requererá o benefício (art. 71-B da LBPS⁶²).

No âmbito judicial, entendeu o TRF/4 que é devido salário-maternidade à pessoa segurada mesmo no caso em que a pessoa genitora falecida não ostentasse condição de segurada da Previdência Social no momento do óbito⁶³. Dito de outra forma, o julgado reduziu a exigência para só necessitar ser segurada a pessoa cônjuge sobrevivente, fosse a pessoa cônjuge falecida segurada ou não.

De outro lado, caso fosse a pessoa falecida segurada e a sobrevivente não, a família não ficaria desamparada, apesar de não haver na situação direito ao recebimento de salário-maternidade pela pessoa cônjuge sobrevivente. Afinal, se a pessoa cônjuge falecida possuía direito ao salário-maternidade, o cônjuge sobrevivente terá direito ao recebimento da pensão por morte⁶⁴.⁶⁵ Fica

⁶¹ BRASIL. **Lei n. 12.873, de 24 de outubro de 2013.**

⁶² BRASIL. **Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991.**

⁶³ BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL DA 4ª REGIÃO – 6ª TURMA. Apelação/Remessa Necessária n. 5051840-92.2017.4.04.9999/PR. Apelante: INSS. Apelado: Leonardo Basilio de Andrade Junior. Relator: Des. João Batista Pinto Silveira. Porto Alegre, 18 out. 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=9183310>. Acesso em: 15 nov. 2018.

⁶⁴ ROCHA. **Comentários à lei de Benefícios da Previdência Social.** p. 488.

⁶⁵ Pensão por morte é benefício pago aos dependentes da pessoa com direito à aposentadoria, inválida à época do óbito ou segurada, que vem a falecer (ou se presume falecida) por previsão expressa do art. 201, V, da CF/88. e regulamentação dada pela LBPS nos art. 74 a 79. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** BRASIL. **Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991.** A

a pessoa sobrevivente, contudo, sem poder disfrutar do período de licença-maternidade.

Já no caso de a pessoa sobrevivente ser segurada, é possível a cumulação do benefício de pensão por morte com o salário-maternidade⁶⁶. A cumulação é vedada, de outro lado, em concomitância com benefício pago em função de incapacidade, conforme art. 102, *caput* do RPS. Deve haver, no caso, a suspensão do benefício por incapacidade enquanto durar o salário-maternidade⁶⁷. É possível, ainda, o benefício por incapacidade ter seu início adiado para o primeiro dia seguinte ao término do período de licença.⁶⁸

A pessoa companheira ou cônjuge sobrevivente usufruirá do salário-maternidade e da licença-maternidade pelo tempo não usufruído pela pessoa falecida, de um a cento e vinte dias. Receberá a verba salarial diretamente pela Previdência Social, calculada com base no art. 71-B, § 2º do LBPS⁶⁹ (o qual guarda coerência com art. 73 da LBPS⁷⁰).

Por fim, entendem LAZZARI e CASTRO ser possível a pessoa filha requerer o benefício previdenciário. A justificativa sustentada é ser a criança ou o nascituro destinatários finais da proteção almejada pelo salário-maternidade. A interpretação baseia-se nas disposições constitucionais de proteção familiar, social e estatal dada à criança. O objetivo da norma seria proteger tanto a mãe quanto sua criança.⁷¹ Concorde-se com a posição adotada. Não seria razoável, no caso de abandono por parte de uma pessoa genitora e do falecimento da outra por exemplo, o não pagamento do benefício à pessoa órfã – principalmente nesse contexto de absurdo desamparo.

dependência da pessoa companheira ou cônjuge em relação à falecida é de presunção absoluta. Por tudo, ver: LAZZARI; CASTRO. **Manual de Direito Previdenciário**. p. 867 e seguintes.

⁶⁶ INSS. **Acumulação de benefícios**. INSS. Disponível em: <<https://www.inss.gov.br/orientacoes/acumulacao-de-beneficios/>>. Acesso em: 19 nov. 2018.

⁶⁷ BRASIL. **decreto n. 3.048, de 6 de maio de 1999**.

⁶⁸ Art. 102, par. ú. do RPS. *Ibid.*

⁶⁹ BRASIL. **Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991**.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ LAZZARI; CASTRO. **Manual de Direito Previdenciário**. p. 917.

2.5 Salário-maternidade na atualidade

É responsabilidade da pessoa beneficiária o requerimento do benefício, com a devida instrução do pedido (art. 95 do RPS⁷²). O pedido atualmente pode ser feito pela internet⁷³, pelo telefone 135 e pelas Unidades de Atendimento. Em 2018, o INSS implementou a concessão do salário-maternidade automático. Havendo o registro de nascimento do bebê em cartório, este comunicará o INSS, o qual liberará o benefício. Mantém-se, todavia, a possibilidade de requerimento através dos supracitados meios.

Comprova-se o vínculo parental por meio de certidão de nascimento ou de termo de guarda para fins de adoção⁷⁴, devendo constar o nome da pessoa beneficiária (art. 93-A, § 2º e 3º do RPS⁷⁵). É o referido documento determinante da data exata para averiguação da condição de beneficiária. Por essa razão, quando a pessoa não for mais segurada no momento do deferimento da adoção, será considerada, caso haja, a data da concessão da guarda judicial⁷⁶.

Importante apontar que a condição de segurada se mantém, na maioria dos casos, até doze meses após cessarem as contribuições previdenciárias ou após o fim de benefício por incapacidade (durante o qual não há perda da qualidade de segurada).⁷⁷

Caso faltem documentos, é vedado o não recebimento do pedido, conforme expressamente previsto no art. 105 da LBPS⁷⁸. É decorrência do

⁷² BRASIL. **decreto n. 3.048, de 6 de maio de 1999.**

⁷³ Em <<http://www.previdencia.gov.br/>>.

⁷⁴ GARCIA. **Curso de Direito da Seguridade Social.** p. 487.

⁷⁵ BRASIL. **decreto n. 3.048, de 6 de maio de 1999.**

⁷⁶ BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL DA 4ª REGIÃO – 2ª Turma Recursal do RS. Recurso Cível 5006032-59.2016.4.04.7102/RS. Recorrente: INSS. Recorrido: Carmen Lucia Silveira de Lima. Relator: Des. Gabriel de Jesus Tedesco Wedy. Porto Alegre, 19 mar. 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=2&documento=12735665>. Acesso em 15 nov. 2018.

⁷⁷ LAZZARI; CASTRO. **Manual de Direito Previdenciário.** p 189 e seguintes.

⁷⁸ BRASIL. **Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991.**

direito fundamental de petição (art. 5º, XXIV da CF/88⁷⁹), o qual deve ser garantido inclusive durante greve.

A discussão é relevante para definir a admissibilidade de eventual demanda judicial: via de regra, é exigido prévio requerimento administrativo. Nesse sentido, define o Enunciado 77 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais: “O ajuizamento da ação de concessão de benefício da seguridade social reclama prévio requerimento administrativo”⁸⁰.

Entretanto, após oscilação jurisprudencial, inclusive do STF, a suprema corte decidiu, no RE 631240, por alargar o conceito de pretensão resistida, não ficando restrito ao indeferimento em sede de processo administrativo⁸¹. Entende a corte ser regra a exigência de prévio requerimento administrativo; este, porém, não se confunde com o exaurimento das vias administrativas. Pode também ser afastada esta regra no caso de haver notório e reiterado entendimento da Administração em sentido contrário à postulação da pessoa segurada – o que, por vezes, leva ao não conhecimento do pedido administrativo ou, até mesmo, à não aceitação de seu protocolo.

Diferentemente de alguns benefícios previdenciários, a concessão de salário-maternidade prescinde de um determinado número de contribuições (carência) para a segurada empregada, a trabalhadora avulsa e a doméstica. Já para a contribuinte individual (e aqui se inclui a segurada especial que opta por contribuir individualmente) e a segurada facultativa, exige-se ter havido ao menos dez contribuições mensais quando do requerimento do benefício.⁸²

⁷⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

⁸⁰ BRASIL. Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais. Enunciado n. 77. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/corregedoria-geral-da-justica-federal/enunciados-fonajef/lista-completa-dos-enunciados-do-fonajef.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2018.

⁸¹ Por tudo, ver: ROCHA. **Comentários à lei de Benefícios da Previdência Social.** p. 634-639 e BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário 631.240/MG. Recorrente: INSS. Recorrido: Marlene de Araújo Santos. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 03 set. 2014. DJe-220 DIVULG 07-11-2014 PUBLIC 10-11-2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7168938>>. Acesso em 15 nov. 2018.

⁸² LAZZARI; CASTRO. **Manual de Direito Previdenciário.** p. 912.

A segurada especial deve comprovar, a contar do pedido ou do parto, exercício de atividade rural nos últimos dez meses, mesmo que de forma descontínua. Dito de outra forma, deve haver prova de atividade rural contemporânea ao início do período de carência⁸³.

Já no caso da chamada “boia fria”, entendeu o Tribunal Regional Federal da 3ª Região que é preciso interpretar o conjunto de normas protetivas à maternidade de forma a considerar as particularidades de cada caso. Nessa toada, a trabalhadora rural, diarista, deve ser considerada empregada, dada a habitualidade e a subordinação características da atividade, razão pela qual não é devida a exigência de carência para concessão do salário-maternidade.⁸⁴

Em relação à exigência de dezesseis anos de idade para caracterização como segurada especial, contida na LBPS⁸⁵, entendeu o STF que não pode ser a legislação interpretada em prejuízo da criança ou do adolescente⁸⁶. É a norma em questão protetiva da pessoa trabalhadora, não cabendo interpretação que prive pessoa especialmente vulnerável de acesso aos benefícios de segurada especial. Por essa razão, é garantida à mãe menor de dezesseis anos que se enquadre nos itens que definem a segurada especial (art. 11, VII, da LBPS⁸⁷) o direito a um salário-mínimo como salário-maternidade.⁸⁸

⁸³ BRASIL. Conselho da Justiça Federal – Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal 2004.81.10.027622-3/CE. Requerente: Maria da Conceição Rodrigues da Silva. Requerido: INSS. Relatora: Des. Joana Carolina Lins Pereira. Recife, 16/17 de novembro de 2009. DJe 24 jun. 2010. Disponível em: <<https://www2.jf.jus.br/phpdoc/virtus/uploads/k8xnfB4H.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

⁸⁴ BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL DA 3ª REGIÃO – 9ª Turma. Apelação Cível 2003.03.99.009293-7/AC. Apelante: INSS. Apelado: Neide Alves de Souza. Relator: Des. Nelson Bernardes. São Paulo, 31 mar. 2008. DJ 07 maio 2008. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoSita/63345062759890>>. Acesso em 20 nov. 2018.

⁸⁵ BRASIL. **Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991.**

⁸⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – Primeira Turma. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 600.616/RS. Agravante: INSS. Agravado: MPF. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 26 ago. 2014. DJe-175, divulg. 09/09/2014, public. 10/09/2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6693581>>. Acesso em 20 nov. 2018

⁸⁷ BRASIL. **Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991.**

⁸⁸ LAZZARI; CASTRO. **Manual de Direito Previdenciário.** p. 913.

A exigência diminui em duas situações. Quando há parto antecipado, a exigência é reduzida em igual proporção à antecipação. Parto antecipado em um mês, exigência reduzida em um mês (art. 25, par. ú. da LBPS⁸⁹). A outra possibilidade é de retorno à qualidade de pessoa segurada. Exige-se, conforme art. 27-A da LBPS⁹⁰, metade do período necessário caso não tivesse sido anteriormente segurada.

Além disso, o salário-maternidade trata-se de benefício do qual não se pode dispor⁹¹. Conforme art. 114 da LBPS⁹², não se admite penhora, arresto, sequestro, venda, cessão de direito ou a constituição de ônus sobre o benefício, à exceção de descontos previstos na própria LBPS, como é, por exemplo, o desconto da contribuição previdenciária incidente sobre o salário-maternidade. É cabível ainda, conforme incisos do art. 115 da LBPS⁹³, o desconto de (II) verbas indevidamente pagas pela previdência⁹⁴, (III) tributos sobre renda, (IV) ordens judiciais de prestação alimentar, (V) mensalidades de associações civis e (VI) pagamento de empréstimos e afins, no limite de 35% do valor de benefício, sendo 5% desses exclusivo para saques e amortização de despesas – ambas necessariamente vinculadas ao cartão de crédito.

No que tange à caracterização do salário-maternidade, é benefício *sui generis*. Há incidência de contribuições previdenciárias, em ambos os lados da relação trabalhista, pois é benefício previdenciário que integra o salário-de-contribuição⁹⁵. Vale dizer, o trabalhador e a empresa seguem contribuindo com a previdência, além de ser considerado o tempo em gozo do benefício como tempo trabalhado para fins de aposentadoria.

⁸⁹ BRASIL. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ LAZZARI; CASTRO. **Manual de Direito Previdenciário**. p. 95.

⁹² BRASIL. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ Conquanto sejam verbas presumíveis ou comprovadamente recebidas de má-fé, quando se tratar de verbas alimentares.

⁹⁵ ALENCAR, Hermes Arrais. **Cálculo de benefícios previdenciários: regime geral de previdência social - teses revisionais - da teoria à prática**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 103.

Ainda quanto à inclusão do salário-maternidade como salário-de-contribuição, decidiu o STJ que é legal cobrar do empregador contribuição previdenciária sobre o salário-maternidade. Em sua fundamentação, explicitou o ministro relator que o legislador infraconstitucional entendeu ser estímulo suficiente para fins de assegurar a proteção à mulher no mercado de trabalho a transferência do ônus sobre a verba salarial à Previdência Social⁹⁶. Mister reconhecer, contudo, que constitui desestímulo à contratação de mulheres, pois quando do gozo da licença-maternidade por parte de pessoa empregada, fica a empresa empregadora obrigada a pagar contribuição previdenciária sobre folha de pagamento sem contrapartida de trabalho.

Porém, apesar de ser verba salarial, o seu eventual não pagamento dará origem à verba indenizatória, deixando de incidir, portanto, contribuição previdenciária⁹⁷. Sobre a matéria, entendeu a TNU que, havendo demissão sem justa causa e conseqüente indenização, não é devido o pagamento do salário-maternidade. O montante indenizatório, no caso, deve abranger o valor que seria pago nos meses em que deveria ter sido garantida estabilidade empregatícia⁹⁸.

Quanto ao cálculo do benefício, é realizado com base na remuneração recebida enquanto a pessoa trabalhava, o que inclui a parte variável (art. 393, CLT⁹⁹ e art. 206 da Instrução Normativa INSS/PRES n. 77¹⁰⁰), mesmo a parcela concedida por fatores de risco – como é o caso do adicional de insalubridade¹⁰¹. De forma análoga, quando a segurada pleiteia aposentadoria especial (a qual exige menos tempo para inativação em função de atividade profissional

⁹⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PRIMEIRA SEÇÃO REsp 1230957/RS. Recorrente: Hidro Jet Equipamentos Hidráulicos LTDA. Recorrido: Fazenda Nacional. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, julgado em 26/02/2014, DJe 18/03/2014.

⁹⁷ ALENCAR. **Cálculo de Benefícios Previdenciários**. p. 103.

⁹⁸ TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO - PEDILEF: 50102364320164047201. Requerente Lauriene Brito Monteiro. Requerido: INSS. Relator: Fabio de Souza Silva, julgado em 14/09/2017, publicado em: 10/10/2017.

⁹⁹ BRASIL. **Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943**.

¹⁰⁰ BRASIL. **INSTRUÇÃO NORMATIVA INSS/PRES Nº 77, DE 21 DE JANEIRO DE 2015**. Previdência. Disponível em: <<http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/38/inss-pres/2015/77.htm>>. Acesso em: 7 nov. 2018.

¹⁰¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 139. Disponível em <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em: 07 nov. 2018.

prejudicial à saúde ou à integridade física¹⁰²), pela previsão constitucional de impossibilidade de prejuízo do emprego e do salário no período de licença-maternidade, vide art. 7º, XVIII da CF/88¹⁰³, o período de licença é considerado como se período de efetivo trabalho em atividade prejudicial fosse.

Em 2003, o STF firmou entendimento – já exarado em decisão de medida cautelar no mesmo processo – pela não submissão do valor pago a título de salário-maternidade ao teto remuneratório da previdência social. Entendimento diverso geraria grave injustiça e discriminação às mulheres ao onerar a empresa empregadora que pagasse valor maior que o teto à empregada, a qual seria responsável pelo tanto que ultrapasse o teto da previdência¹⁰⁴. Por essa razão, deu o excelso pretório interpretação conforme ao art. 14 da Emenda Constitucional n. 20/98, sem redução de texto, para garantir o pagamento de salário-maternidade em valor integral¹⁰⁵. Em tese, contudo, não deixa o benefício de se submeter aos limites impostos pelo art. 37, XI, consoante previsão do art. 248, ambos da CF/88¹⁰⁶. De igual forma, há previsão expressa na LBPS (art. 72, §1º ¹⁰⁷), estabelecendo o que ALENCAR sustenta ser uma segunda espécie de limite-teto na esfera previdenciária, teto extraordinário – de aplicação restrita ao salário maternidade e a benefícios de legislação especial¹⁰⁸.

Como requisito à concessão do salário-maternidade, exige-se o afastamento do trabalho para todas as beneficiárias (art. 71-C da LBPS¹⁰⁹, incluído pela Lei 12.873/13¹¹⁰). Segundo ROCHA, é forma de garantir isonomia entre as pessoas trabalhadoras empregadas, que interrompem o trabalho em

¹⁰² LAZZARI; CASTRO. **Manual de Direito Previdenciário**. p. 751.

¹⁰³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

¹⁰⁴ ROCHA. **Comentários à lei de Benefícios da Previdência Social**. p. 493.

¹⁰⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI 1946/DF. Requerente: Partido Socialista Brasileiro – PSB. Relator: Ministro Sydney Sanches. Julgado em 03/04/2003, DJ 16/05/2003. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347341>. Acesso em 25 nov. 2018.

¹⁰⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Ver LAZZARI; CASTRO. **Manual de Direito Previdenciário**. p. 604.

¹⁰⁷ BRASIL. **Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991**.

¹⁰⁸ ALENCAR. **Cálculo de Benefícios Previdenciários**. p. 439.

¹⁰⁹ BRASIL. **Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991**.

¹¹⁰ BRASIL. **Lei n. 12.873, de 24 de outubro de 2013**.

função da licença-maternidade, e as demais pessoas trabalhadoras beneficiárias, assegurando, em tese, o uso pretendido para o benefício, apesar da dificuldade em fiscalizar o referido afastamento¹¹¹. Não houvesse a previsão, haveria a possibilidade, por exemplo, de uma contribuinte facultativa cumular o salário-maternidade com seu trabalho, desvirtuando o intuito do benefício previdenciário de garantir o cuidado parental em tempo integral.

Ainda, desde a criação da CLT existe previsão de que, estando a vida do feto, da criança ou da mãe em risco, os períodos anteriores e posteriores ao parto poderão ser prorrogados, em caráter excepcional, mediante atestado médico, por duas semanas cada.¹¹²

Caso não haja nascimento com vida no parto, considera-se aborto quando ocorrido até a 22ª semana de gestação (gerando direito a duas semanas de licença-maternidade e salário-maternidade). A partir da 23ª semana, é considerado parto, gerando os mesmos efeitos de um nascimento com vida (cento e vinte dias de licença e salário). Havendo parto de natimorto, a comprovação se dá por meio de certidão de óbito, sendo dispensada a avaliação médico-pericial pelo INSS (art. 294, § 5º, IN n. 45/2015 INSS¹¹³).

3 SALÁRIO-MATERNIDADE: QUESTÕES CONTROVERTIDAS

3.1 O Atual Descompasso entre Licença-Maternidade e Salário-Maternidade no Caso de Adoção de Adolescentes

A Lei 13.509/17¹¹⁴ instituiu incongruência entre a licença-maternidade e o salário-maternidade. Alterou o art. 392-A da CLT¹¹⁵ para incluir o termo

¹¹¹ ROCHA. **Comentários à lei de Benefícios da Previdência Social**. p. 489.

¹¹² LAZZARI; CASTRO. **Manual de Direito Previdenciário**. p. 914. e art. 392, § 2º da CLT. BRASIL. **Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943**.

¹¹³ INSS. **INSTRUÇÃO NORMATIVA INSS/PRES Nº 45, DE 6 DE AGOSTO DE 2010 - DOU DE 11/08/2010 - Alterada**. Previdência. Disponível em: <http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/38/inss-pres/2010/45_1.htm>. Acesso em: 19 nov. 2018.

¹¹⁴ BRASIL. **Lei n. 13.509, de 22 de novembro de 2017**.

¹¹⁵ BRASIL. **Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943**.

“adolescente”. Diferentemente do caso da Lei 12.873/13¹¹⁶, não houve a correspondente alteração na legislação previdenciária. A assimetria entre a concessão do direito trabalhista e a não previsão do benefício previdenciário correspondente trata-se de uma inconstitucionalidade que possivelmente ocupará o já sobrecarregado poder judiciário com diversas demandas para concessão do salário-maternidade em tais casos¹¹⁷.

Alguns anos antes houve importante Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal (MPF) para garantia do direito à percepção do benefício previdenciário às pessoas adotantes de crianças e de adolescentes¹¹⁸. Contudo, com fundamento na redação do art. 392-A à época, o direito no caso de adoção de adolescentes foi negado. É um emblemático caso de como se dá a dinâmica entre decisões judiciais e promulgações legislativas. Relevante, portanto, sua análise. É o que se passa a fazer.

A Ação Civil Pública tratou, em caráter incidental, da inconstitucionalidade da parte final do 71-A da LBPS (em sua redação que, à época da propositura até seu julgamento pelo TRF4, era dada pela Lei 10.421/02¹¹⁹) para fins de garantir o direito ao salário-maternidade às pessoas seguradas que adotassem crianças e adolescentes, independentemente da idade¹²⁰. Foi proposta pelo MPF contra o INSS na Justiça Federal de Florianópolis/SC em 14/12/2011. O processo foi julgado procedente com efeitos nacionais em 03/05/2012. Declarou-se, em caráter incidental, a inconstitucionalidade da segunda parte do art. 71-A, caput da LBPS¹²¹, por ofensa aos princípios e regras postos nos artigos 6º, caput, 203, I e 227, caput

¹¹⁶ BRASIL. **Lei n. 12.873, de 24 de outubro de 2013.**

¹¹⁷ ROCHA. **Comentários à lei de Benefícios da Previdência Social.** p. 485.

¹¹⁸ BRASIL. Justiça Federal – Seção Judiciária de Santa Catarina. Ação Civil Pública 5002103-58.2011.4.04.7210. Autor: MPF. Réu: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Juiz: Marcelo Krás Borges. Proposta em 14 dez. 2011. Julgada em 3 maio 2012. Disponível em: <https://eproc.jfsc.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=721336063165215480300000000001&evento=817&key=27c7f9195d9c0f9d3ea77b0c531f748bb876bc13468e74d15509c3886ecf8adb&hash=1ecb57374eeae2f8205f9eae9850a0b>. Acesso em: 14 nov. 2018.

¹¹⁹ BRASIL. **Lei n. 10.421, de 15 de abril de 2002.**

¹²⁰ Existia à época, por força da Lei 12.421/02 (*ibid.*), como visto anteriormente, escalonamento da duração do salário-maternidade em função da idade da criança.

¹²¹ BRASIL. **Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991.**

e §6º da CF/88¹²². Sob pena de multa, restou condenado o INSS a conceder salário-maternidade à adotante por cento e vinte dias independentemente da idade do adotado, inclusive em caso de adoção de adolescentes. Houve concessão de antecipação dos efeitos da tutela em sentença determinando a imediata aplicação da decisão.

Entretanto, o juiz da execução provisória limitou a aplicação da sentença, negando exequibilidade em relação à adoção de adolescentes. Antes da decisão do agravo interposto em face da decisão executória, sobreveio decisão do órgão colegiado, em 07/05/2014, em sede de apelação/reexame necessário¹²³, reformando a sentença para retirar o termo adolescente do dispositivo sentencial.

Justificou o relator que a decisão deveria alinhar-se com o precedente formado pela corte especial do tribunal ao decidir incidente de arguição de inconstitucionalidade sobre a matéria¹²⁴. O precedente, suscitado no bojo da supramencionada Ação Civil Pública, estabeleceu a inconstitucionalidade da parte final do art. 71-A da LBPS (em sua redação, à época do acórdão, dada pela Lei 10.421/02¹²⁵). A decisão teve como fundamentos, além da reiteração aos argumentos apresentados no voto da 5ª Turma:

(1) o princípio da dignidade da pessoa humana e subprincípios deste decorrentes;

¹²² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

¹²³ BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL DA 4ª REGIÃO – 6ª Turma. Apelação/Reexame Necessário n. 5019632-23.2011.404.7200/SC. Apelante: INSS. Apelado: MPF. Relator: Des. Celso Kipper. Porto Alegre, 07 maio 2014. DE 23 abr. 2014 [sic]. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=5348354>. Acesso em: 16 nov. 2018.

¹²⁴ BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL DA 4ª REGIÃO – Corte Especial. Arguição de Inconstitucionalidade n. 5014256-88.2012.404.0000/TRF. Suscitante: 5ª Turma do TRF/4. Interessados: INSS e MPF. Relator: Des. Rogerio Favreto. Porto Alegre, 19 dez. 2012. Diário Eletrônico (DE) 6 dez. 2012. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=5607116>. Acesso em 15 nov. 2018.

¹²⁵ BRASIL. **Lei n. 10.421, de 15 de abril de 2002.**

(2) a vinculação entre salário-maternidade e licença-maternidade imposta pela Convenção n. 103 da Organização Internacional do Trabalho (ratificada pelo Brasil, aprovada pelo Congresso Nacional por meio do decreto legislativo número 20 o qual deu origem ao Decreto n. 58.820/66¹²⁶, que a promulgou), a qual determina que a mulher terá direito a prestações em espécie quando se ausentar em função de licença-maternidade e que em hipótese alguma será o empregador pessoalmente responsável pelo custeio das referidas prestações;

(3) a necessidade, para além da vinculação contida na referida convenção, de tratamento simétrico entre os institutos, pois, apesar de naturezas distintas – a licença, de natureza trabalhista, e o salário, de natureza previdenciária – a disparidade de um causa a ineficácia do outro;

(4) a revogação dos parágrafos 1º, 2º, 3º do art. 392-A da CLT¹²⁷, os quais previam a diferenciação dos prazos de licença-maternidade com base na idade da criança adotada – argumento que, de acordo com o desembargador relator, por si só sustentaria o entendimento, sob o prisma teleológico, de ter havido revogação tácita da parte final do caput do art. 71-A da LBPS¹²⁸ pela supracitada supressão dos parágrafos referidos;

(5) a necessidade de extensão do entendimento a todas as seguradas, uma vez que a parte final do artigo fere as previsões constitucionais dos art. 6º, *caput*; 203, I; 227, *caput* e § 6º, todos da CF/88¹²⁹;

(6) a vedação expressa das referidas previsões quanto à discriminação entre filhos biológicos e adotivos e entre filhos de mais idade (especialmente vulneráveis por história pregressa maior de abandono), a qual é exatamente prevista no artigo em análise;

¹²⁶ BRASIL. **Decreto n. 58.820, de 14 de julho de 1966**. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D58820.htm>. Acesso em: 26 out. 2018.

¹²⁷ BRASIL. **Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943**.

¹²⁸ BRASIL. **Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991**.

¹²⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

(7) não se tratar de ampliação de um benefício previdenciário sem haver correspondente fonte de custeio (tema abordado no ponto 3.6), mas sim de vedação a uma limitação tacitamente revogada e inconstitucional.

Conforme o supracitado entendimento da corte, deve, portanto, ser o benefício previdenciário interpretado em harmonia com o benefício trabalhista previsto no art. 392-A da CLT¹³⁰.

Esmiuçou-se os argumentos da decisão porque a legislação brasileira encontra-se atualmente, como já dito, em situação análoga. Houve, no fim do ano de 2017, a edição da Lei 13.509¹³¹, cujo art. 3º alterou o disposto no art. 392-A da CLT¹³² para prever expressamente o termo adolescentes sem correspondente alteração na legislação previdenciária.

Diante desta incongruência do sistema, defende ROCHA que a modificação legislativa exige uma releitura do benefício devido para as seguradas adotantes. Para o autor, ainda, a Lei Nacional de Adoção¹³³, de 2009, colimou aperfeiçoar não apenas o instituto da adoção, mas assegurar a convivência familiar em todas as formas, inclusive a de adolescentes, que enfrentam maior dificuldade para serem inseridos em uma família substituta.¹³⁴

Entendendo-se insuficientes ou inaplicáveis os argumentos apresentados na arguição de inconstitucionalidade, deve-se levar em consideração a especial proteção concedida constitucionalmente aos adolescentes, cujo direito à convivência familiar é prioridade absoluta do Estado – art. 227 da CF/88¹³⁵, para se entender aplicável a concessão de benefício de salário-maternidade para adotantes de adolescentes. Nesse exato sentido, entende a atual jurisprudência do TRF/4 ser a melhor interpretação do art. 71-

¹³⁰ BRASIL. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943.

¹³¹ BRASIL. Lei n. 13.509, de 22 de novembro de 2017.

¹³² BRASIL. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943.

¹³³ BRASIL. Lei n. 12.010, de 03 de agosto de 2009. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm Acesso em: 25 nov. 2018.

¹³⁴ ROCHA. Comentários à lei de Benefícios da Previdência Social. p. 483.

¹³⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A da Lei 8.213/91 aquela que concede o benefício indistintamente a crianças e adolescentes, diante da proteção integral que a CF lhes concede, sob fundamentação de que o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) distingue crianças de adolescentes apenas para fins de adequar medidas protetivas, e não para restringir direitos.¹³⁶

3.2 Gestação Substitutiva

Gestação substitutiva   técnica usada por casais inférteis e por casais homoafetivos, e consiste na fecundação do óvulo fora do corpo da mãe com sua posterior inserção no corpo de uma terceira pessoa, a qual se dispõe, gratuitamente, a gestar o zigoto. Pode ser também utilizado óvulo de uma quarta pessoa, no qual se insere material genético dos pais, com a posterior inserção na terceira pessoa que gestar .

Para MALUF, a técnica define-se pela “cessão temporária de útero” e   contrato gratuito, havendo dever de a parturiente entregar a crianç a tão logo após o nascimento.¹³⁷ Nesse sentido, afirma VILLELA que a gestação por substituição ou por sub-rogação seria um negócio jurídico de comportamento, compreendendo obrigações de fazer e não fazer e culminando com a obrigação de dar, consistente na entrega do filho.¹³⁸

Trata-se da popularmente chamada “barriga de aluguel”. Termo impreciso, contudo, no contexto brasileiro, uma vez que é constitucionalmente vedada todo tipo de comercialização de órgãos, tecidos e substâncias do corpo

¹³⁶ BRASIL. TRF4. SEGUNDA TURMA RECURSAL DE SC. Recurso Inominado 5001217-40.2017.4.04.7213. Recorrente: INSS. Recorrida: Elenita Tambani Selbmann. Relatora Erika Giovanini Reupke, julgado em 24/01/2018. Disponível em <https://eproc.jfsc.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=721516804176170860300399159728&evento=5027&key=a3d059404b96b7cf48a72576a68bccf664bf4496773c307eccf1240f4fbacc36&hash=9269e9bd36be129572216d2eb33fe531>. Acesso em 22/11/2018.

¹³⁷ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Curso de Bioética e Biodireito. São Paulo: Atlas, 2010. p. 164.

¹³⁸ VILLELA, João Baptista. Desbiologizaç o da paternidade. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, separata, Belo Horizonte, n. 21, maio 1979. p. 14.

humano.¹³⁹ Já “Barriga solidária”, “gestação solidária”, “gestação substitutiva” ou “maternidade por substituição” enquadram-se no contexto brasileiro.

Existe lacuna legal a respeito da matéria. Tramitam apensados na Câmara dos Deputados, a espera de parecer do relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, o Projeto de Lei 4.892/2012¹⁴⁰, proposto pelo então deputado Eleuses Paiva, que “institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais”, e o Projeto de Lei 1.184/2003¹⁴¹, que “define normas para realização de inseminação artificial e fertilização ‘in vitro’; proibindo a gestação de substituição (barriga de aluguel) e os experimentos de clonagem radical”. Este último foi encaminhado do Senado Federal, onde foi apresentado em 1999 pelo então Senador Lúcio Alcântara e aprovado em 2003.¹⁴²

O assunto é regulamentado pela Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina (CFM)¹⁴³. A autarquia, criada em 1957 pela Lei 3.268, cuja função, entre outras, é supervisionar a ética profissional da classe médica¹⁴⁴, criou, já em 1992, a Resolução 1.358¹⁴⁵, prevendo normas éticas para utilização de técnicas de reprodução assistida. Desde então, já houve

¹³⁹ Vide artigo 199, §4º da CF: “Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.(...) § 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.” Nesse sentido, a Lei dos Transplantes dispõe, em seu artigo 15, que “comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano” caracteriza conduta criminosa, com pena de reclusão e multa. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**; BRASIL. **Lei 9.434, de 04 de fevereiro de 1997.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm Acesso em: 25 nov. 2018.

¹⁴⁰ Vide <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=564022> Acesso em 15/11/2018.

¹⁴¹ <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118275&ord=1> Acesso em 15/11/2018.

¹⁴² BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei 90/1999. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/1304>>. Acesso em 15 nov. 2018.

¹⁴³ BRASIL. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **RESOLUÇÃO CFM nº 1.358/1992.** Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358_1992.htm>. Acesso em: 16 out. 2018. Disponível em <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>. Acesso em 15/11/2018.

¹⁴⁴ Art. 2º. BRASIL. **Lei n. 3.268, de 30 de setembro de 1957.** Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3268.htm>. Acesso em: 16 out. 2018.

¹⁴⁵ BRASIL. **RESOLUÇÃO CFM nº 1.358/1992.**

publicação de outras quatro resoluções, sendo a última de 2017, sem, entretanto, haver qualquer diploma normativo editado pelo Poder Legislativo até então.

Tal resolução prevê a gestação de substituição tão somente para casais homossexuais e para situações que impeçam ou contraindiquem a gestação na doadora genética. Estabelece, ainda, que as doadoras temporárias de útero devem ter parentesco com um dos parceiros até o quarto grau (até primas¹⁴⁶), e que demais situações estão sujeitas à autorização do CFM. Prevê, ainda, que a doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial. Por fim, exige a apresentação de documentos que estabeleçam claramente a questão da filiação da criança e a garantia, por parte dos pacientes contratantes do serviço de reprodução assistida, de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que doará temporariamente o útero, até o puerpério. Exige o compromisso, ainda, “do registro civil da criança pelos pacientes (pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez”.¹⁴⁷

Muito embora a resolução estabeleça que a doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial, parte da doutrina defende a licitude de pagamento de alguns valores. ALMEIDA defende o pagamento de despesas com a alimentação e o vestuário, as médicas, o parto e eventuais remédios prescritos à gestante, bem como um valor indenizatório pelo seu desgaste físico.¹⁴⁸ DIAS, por sua vez, acredita não ser justificada, apesar de todas as vedações jurídicas, a negação à possibilidade de remuneração de

¹⁴⁶ Atenta Maria Berenice Dias que, apesar da omissão da norma, está incluído o parentesco por afinidade, ou seja, a regra também inclui sogras e cunhadas. Vide DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4ª ed. Ebook baseada na 11ª ed. Imprensa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 676.

¹⁴⁷ BRASIL. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **RESOLUÇÃO CFM nº 12.121358/1992**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358_1992.htm>. Acesso em: 16 out. 2018.

¹⁴⁸ ALMEIDA, Aline Mignon de. **Bioética e Biodireito**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2000. p. 53.

quem presta um serviço “em tempo integral por longos nove meses e que acarreta dificuldades e limitações de toda ordem”¹⁴⁹.

A questão da remuneração importa especialmente no que tange à manutenção da gestante e da criança após o seu nascimento, além da possibilidade de criação de vínculo entre a mãe biológica e o filho, com consequências diretas na questão do salário-maternidade. Para tanto, importa também a definição de quem será considerada mãe desta criança.

No que tange à questão da parentalidade, costumava ser definida pelo direito por meio do princípio *mater semper certa est*, que indicava que a mãe é sempre certa, definida como aquela que deu à luz. No entanto, como ensina DIAS, no atual estágio da sociedade, não mais interessa a origem da filiação. Segundo a autora:

Não há como identificar o pai com o cedente do espermatozoide. Nem dizer se a mãe é a que doa o óvulo, a que cede o útero ou aquela que faz uso do óvulo de uma mulher e do útero de outra para gestar um filho, sem fazer parte do processo procriativo. Ao final, todas tornam-se mães, o que acaba com a presunção de que a maternidade é sempre certa. Porém, se a mãe gestacional for casada, surge a presunção de que seu marido é o pai.¹⁵⁰

Assim, não há apenas uma mãe, mas duas: a mãe biológica e a mãe gestacional.¹⁵¹ O surgimento de técnicas de reprodução assistida pluralizou o próprio conceito de filiação, ruindo as presunções de maternidade.¹⁵²

Recentemente, contudo, em novembro de 2017, o CNJ, no exercício de sua competência de fiscalizar e normatizar o Poder Judiciário e seus órgãos¹⁵³ e fiscalizar os serviços notariais e de registro¹⁵⁴, publicou o Provimento n. 63¹⁵⁵, que institui, entre outras, regras para o registro civil de crianças nascidas por

¹⁴⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4ª ed. Ebook baseada na 11ª ed. Imprensa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 675.

¹⁵⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. p. 653.

¹⁵¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. p. 667.

¹⁵² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. p. 669.

¹⁵³ art. 103-B, § 4º, I, II e III. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

¹⁵⁴ art. 103-B, § 4º, I e III, e 236, § 1º. *Ibid*.

¹⁵⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento Nº 63 de 14 de novembro de 2017**. CNJ. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

gestação substitutiva, garantindo à mãe biológica o direito ao reconhecimento da maternidade. Consoante o provimento, o registro será realizado independentemente de autorização judicial, mediante o comparecimento de ambos os pais ou da apresentação, por um deles, de certidão de casamento ou união estável. Deverá ser apresentada declaração, com firma reconhecida, do diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana em que foi realizada a reprodução assistida, indicando que a criança foi gerada por reprodução assistida heteróloga¹⁵⁶, assim como o nome dos beneficiários. Ainda, define o provimento que não constará do registro o nome da parturiente, informado na declaração de nascido vivo, devendo ser apresentado termo de compromisso firmado pela doadora temporária do útero esclarecendo a questão da filiação.

O direito define, portanto, a mãe biológica como mãe para fins de registro e de poder familiar. Não se pode negar, contudo, que a mãe gestacional tem função fundamental no processo de procriação – não remunerada, como visto anteriormente – e que a instituição do salário-maternidade é justamente uma forma de proteger a gestação e permitir à parturiente a recuperação dos efeitos do parto. Diante da situação, portanto, de haver duas mães e apenas um parto, tido como o fato gerador do benefício nesses casos, quem recebe o benefício do salário-maternidade?

Sabe-se que a lei é silente sobre a controvérsia. No que tange à jurisprudência, o Poder Judiciário ainda não encontrou entendimento pacífico quanto à questão.

Em 2004, quando ainda não havia regulamentação a respeito do registro civil de crianças geradas em gestação substitutiva, o juiz Átila Andrade de Castro autorizou o registro civil uma criança que foi gerada por sua avó paterna, em procedimento autorizado pelo CFM. Uma vez que a Declaração de Nascido Vivo estava em nome da avó, o pai não havia conseguido registrar a criança

¹⁵⁶ Define-se reprodução heteróloga como aquela em que são utilizados gametas de terceiros na fecundação.

com o nome de sua mãe biológica. Nesse caso, tanto a mãe quanto a avó (a mãe gestacional) usufruíram de salário-maternidade: uma a partir da certidão de nascimento da criança e outra a partir da declaração de nascido vivo.^{157 158}

Em 2012, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região concedeu o benefício de salário maternidade à mãe biológica por cento e oitenta dias, diferentemente dos cento e cinquenta dias que já haviam sido concedidos pela Universidade Federal de Pernambuco, onde a autora trabalhava. A universidade alegou que “a mãe adotante tem direito a trinta dias a menos de licença que a mãe gestante, justamente porque a adotante, por não haver gerado o filho, não necessita da licença prevista para o nono mês de gravidez”. A decisão considerou que a mãe era efetivamente mãe biológica, não importando se a fertilização ocorreu *in vitro* ou por gestação substitutiva, e concedeu os cento e oitenta dias de licença.¹⁵⁹

Já em 2016, a 1ª Turma Recursal do Rio Grande do Sul negou provimento ao recurso da autora, mãe gestacional do filho de sua irmã, que pleiteava concessão de salário-maternidade. Consoante a fundamentação, não é possível a criação de benefício sem a respectiva fonte de custeio. Além disso, afirmou o relator que a autora, enquanto gestante substitutiva, não era destinatária do salário-maternidade, “já que a conjuntura fática inerente ao benefício a ela não se aplica, qual seja, a convivência entre mãe e filho nos primeiros meses de vida”. Estabeleceu, ainda, que o benefício não poderia ser dividido ou pago em dobro para inserir a autora, participante da gestação

¹⁵⁷ RIBEIRO, Juliana de Oliveira Xavier. **Os Efeitos Jurídicos do Salário-Maternidade na Barriga de Aluguel**. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/os-efeitos-jur%C3%ADdicos-do-sal%C3%A1rio-maternidade-na-barriga-de-aluguel>>. Acesso em: 16 nov. 2018; e “**Justiça autoriza pais biológicos a registrar bebê gerado pela avó**” disponível em <<http://www.arpensp.org.br/?pg=x19leglizv9ub3rpy2lhcw==&in=mte0oq==>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

¹⁵⁸ Em ligação para o serviço de informações da Previdência (135), Protocolo POC201846091746, foi informado que atualmente é necessária a certidão de nascimento para a concessão do benefício, não bastando a certidão de nascido vivo. No que tange especificamente à questão da gravidez por substituição, o atendente referiu ser situação nova e não haver resposta padronizada no sistema.

¹⁵⁹ BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO. Primeira Turma. Apelação n. 00041612320114058300, Apelante: Renata de Mesquita Valadares. Apelado: Universidade Federal de Pernambuco. Relator Des. Fed. Francisco Cavalcanti. Recife, 30 de agosto de 2012. Publicado no DJE em 06/09/2012. Disponível em <http://www.trf5.jus.br/data/2012/09/00041612320114058300_20120906_4430841.pdf> Acesso em 22 nov. 2018.

substitutiva, como titular do benefício, uma vez que a resolução do CFM não permite que a doação temporária do útero tenha caráter lucrativo ou comercial.¹⁶⁰

3.3 Pessoa Transgênero

Trata-se de um tópico de difícil abordagem. A marginalidade das pessoas trans não se limita ao seu reconhecimento pelo Estado, mas à própria ciência e à linguagem. Para falar sobre o tema, é preciso primeiramente conceituar termos como gênero, sexo, cisgeneridade e transgeneridade.

O movimento feminista trouxe uma ruptura na estrutura milenar da cultura ocidental de essencializar as expectativas sociais sobre os corpos. Tradicionalmente compreendia-se unicamente a existência de duas categorias: homens e mulheres¹⁶¹, e o que se dizia sobre eles seria algo inato. A partir da exposição das inequidades entre as expectativas sociais impostas às mulheres em benefício dos homens, mostrando como as desigualdades se estruturaram historicamente, a ciência buscou responder à questão separando o conjunto de expectativas sociais do que seria inato, o sexo biológico.

A princípio, afirma-se que gênero é sexo social definido, ou seja, não é sinônimo de sexo. Enquanto o sexo seria biológico, o gênero seria construído histórica, cultural e socialmente. Sexo seria o macho e a fêmea, gênero seria o homem e a mulher.¹⁶² Na maioria das sociedades, a bipartição de gênero

¹⁶⁰ BRASIL. TRF4. 1ª TURMA RECURSAL DO RS. Recurso Cível 5008785-23.2015.404.7102/RS. Recorrente: Cristiane Rossato Rubin. Recorrido INSS. Relatora: Alessandra Gunther Favaro. Porto Alegre, 14 de setembro de 2016. Disponível em <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=2&documento=12420027&termosPesquisados=ICdnZXN0YWNhbyBzdWJzdGl0dXRpdmEnIA==>. Acesso em 15 nov. 2018.

¹⁶¹ A própria narrativa histórica em que estamos submersos é permeada de limitações. Há, em diversas culturas, sistemas que comportam, desde muito tempo, a compreensão outras categorias, como é o caso das Hijras na cultura Hindu. HYLTON, Sara; GETTLEMAN, Jeffrey; LYONS, Eve. The Peculiar Position of India's Third Gender. **The New York Times**. 2018.

¹⁶² É o entendimento comum, porém naturalizante, sobre distinção entre sexo e gênero. Vide <<http://catolicas.org.br/biblioteca/artigos/o-que-e-genero/>>. Acesso em 16/11/2018.

baseia-se na bipartição de sexo, realizada sob forma normal e normatizada na heterossexualidade. Assim, o gênero traduziria o sexo.

Contudo, sexo e gênero são ambos construções baseadas em expectativas sociais sobre os corpos e os comportamentos. Pensar gênero como uma leitura dos corpos pode facilitar a compreensão do conceito como uma produção de entendimento sobre as pessoas a partir de expectativas sociais e compreensões de si.¹⁶³ A sociedade ensina, por meio da cultura, a esperar a existência de determinados corpos humanos com determinadas características e também a elaborar expectativas, inclusive comportamentais, a partir destas existências ou inexistências corporais.¹⁶⁴ Assim se definiria sexo e gênero, respectivamente: as expectativas sobre os corpos e as expectativas sobre os comportamentos.

Ocorre que os corpos são múltiplos, assim como os comportamentos. As pessoas dispõem de variados níveis hormonais e diferentes genitais, e seu confronto com as expectativas sociais é de frustração, pois é quase impossível ocorrer uma completa correspondência entre o existente e o ideal esperado. Também os comportamentos em relação aos próprios corpos são diversos. A sociedade e a ciência, porém, baseiam-se ainda em ideais heteronormativos que pré-estabelecem padrões binários restritos ao espectro vagina-mulher-feminino e pênis-homem-masculino. Nesse sentido, portanto, sexo e gênero não se diferenciam, são prognósticos sociais.¹⁶⁵

A partir disso, a cisgeneridade pode ser entendida como uma formulação realizada a partir desse conceito de matriz heterossexual de gênero, uma “grade de inteligibilidade cultural por meio da qual os corpos, gêneros e desejos são naturalizados”. É uma definição sobre corpos e gêneros

¹⁶³ SILVA, Simone Schuck da. **Fora da norma: racionalidade jurídica em disputa nas demandas por nome e gênero**. 2018. 147 f. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2018.

¹⁶⁴ FAUSTO-STERLING, Anne. **Sexing the body: gender politics and the construction of sexuality**. New York: Basic Books, 2000. p. 4.

¹⁶⁵ SILVA, Simone Schuck da. **Fora da norma: racionalidade jurídica em disputa nas demandas por nome e gênero**. 2018.

constituída por compreensões binárias e complementares entre si, permanentes (a-históricas) e pré-discursivas (naturalizantes) sobre seus significados.¹⁶⁶

Transexualidade, por conseguinte, seria o desvio da heteronorma dentro de seu próprio sistema. É conceito que demonstra a idealização de gêneros e formações corporais, e é usado como referência à identidade das pessoas cuja experiência de gênero não corresponde à leitura social de seus corpos fundada na matriz heteronormativa. Nenhum corpo é “sexuado” antes de sua determinação num discurso pelo qual ele é investido de uma ideia de sexo natural ou essencial.¹⁶⁷

Assim, a transexualidade está na perspectiva da identidade de gênero, da forma como a pessoa se identifica diante dos prognósticos sociais de gênero: pode ser homem, mulher, ambos ou nenhum dos gêneros¹⁶⁸. Pode também se dar de forma fluida, diferenciando-se no tempo. A pessoa transgênera é aquela que se identifica com um gênero diferente daquele que lhe foi atribuído no nascimento: vê-se de forma distinta do que lhe seria socialmente esperado a partir da designação que fizeram de seu corpo ao nascer. Qualquer tentativa de patologização da sua condição, por conseguinte, está errada e representa uma violação dos direitos humanos do indivíduo – é manifestação de poder, conforme conceito de SCOTT¹⁶⁹.

Nesse cenário, pessoas trans são só marginalmente reconhecidas pelo Estado em relação a sua transexualidade. Recentemente, a comunidade trans obteve significativa conquista perante o judiciário, em função do julgamento da ADI 4275-DF, em que ficou garantido o direito à retificação de nome e de

¹⁶⁶ BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015. p. 258 e ss.

¹⁶⁷ *Ibid.* p. 162.

¹⁶⁸ Assim se classifica como de gênero não-binário a pessoa que não se identifica com os papéis sociais atribuídos de forma estanque, vivenciando uma identidade que foge do padrão homem-mulher.

¹⁶⁹ “Estabelecidos como um conjunto objetivo de referências, os conceitos de gênero estruturam a percepção e a organização concreta e simbólica de toda a vida social. Na medida em que essas referências estabelecem distribuições de poder (um controle ou um acesso diferencial aos recursos ou materiais simbólicos), o gênero torna-se implicado na concepção e na construção do próprio poder”. SCOTT, Joan. **Gênero: uma categoria útil para análise histórica**. Tradução de Guacira Lopes Louro. Revista Educação & Realidade, jul-dez. 1995. p. 88.

gênero em cartório de registro civil. Antes do referido julgamento, era necessário o ajuizamento de demanda judicial individual para retificação de nome e de gênero. O entendimento não era unificado – em alguns lugares do país, a demanda levava anos para ser julgada diante de aleatórios trâmites probatórios patologizantes; em outros, o direito sequer era reconhecido.

Coerentemente com a invisibilidade imposta às pessoas trans, não há qualquer menção à questão nas leis previdenciárias que tratam do salário-maternidade. Poder-se-ia entender que está estruturada a legislação de forma a levar em consideração o gênero da pessoa, independente de cis ou transgeneridade. Contudo, caso se assumisse essa postura interpretativa em relação aos diplomas que tratam a matéria, entender-se-ia que os homens trans são, por alguma razão obscura, indignos do direito ao salário-maternidade em caso de gravidez. Interpretação obviamente inconstitucional por ferir frontalmente o princípio da dignidade (art. 5º, *caput* da CF/88¹⁷⁰) e, de forma ainda mais virulenta, os objetivos da república de reduzir as desigualdades sociais e de promover o bem de todos sem discriminação, previstos no art. 3º, III e IV da CF/88¹⁷¹. Seguindo-se na linha de raciocínio, estariam as mulheres trans que têm filhos por meio de gestação solidária amparadas pelo benefício previdenciário e os homens trans que engravidam não.¹⁷²

Assim, a concessão do benefício salário-maternidade não deve estar associada a questões de gênero. O fato gerador do benefício diz respeito à ocorrência de um parto, pouco importando as características do corpo que pariu e dos comportamentos associados a ele. Quando uma mulher cis ou um homem trans dá à luz, uma pessoa dá à luz, e é esse o fato gerador do benefício.

¹⁷⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

¹⁷¹ *Ibid.*

¹⁷² As designações “homem trans” e “mulher trans” respeitam a identidade percebida pelos indivíduos: homem trans é aquele que não foi designado homem ao nascer; mulher trans, a que não foi designada mulher.

Veja-se, ainda, que a ocorrência do fato gerador do benefício não implica em destinação certa desse¹⁷³. Assim, não necessariamente a pessoa que pariu deva ser aquela que o receberá. Seria possível que em um casal heterossexual, por exemplo, em que o pai é homem trans que engravidou, a mãe, seja ela mulher cis ou trans, receba o benefício.

3.4 Famílias Homoafetivas

A Constituição Federal, como ensina MOSCHETA, apenas exemplifica alguns tipos de entidades familiares, sem, contudo, criar obstáculos a outras espécies de família.¹⁷⁴ Assim entendeu o STF, por meio do julgamento da ADI 4.277 e da ADPF 132¹⁷⁵, em 2011, quando reconheceu a possibilidade de união estável entre casais não heteroafetivos. Entendeu a corte a união como um gênero que comporta mais de uma espécie, a depender do sexo ou da identidade de gênero de seus integrantes.¹⁷⁶ No mesmo ano, o STJ, por meio do RESP 1.183.378/RS, permitiu o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.¹⁷⁷ Em 2013, O CNJ proibiu às autoridades cartorárias, a partir da Resolução 175, a recusa à celebração do casamento civil ou à conversão da união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo.¹⁷⁸

Muito embora a união tenha sido reconhecida, muitas dificuldades são encontradas por casais homoafetivos para o exercício do direito à

¹⁷³ É o caso do fato gerador adoção

¹⁷⁴ MOSCHETA, Sílvia Ozelame Rigo. **Homoparentalidade: direito à adoção e reprodução humana assistida por casais homoafetivos**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 49.

¹⁷⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4.277. Requerente: Procuradora-Geral da República. Relator Min. Ayres Brito. Julgada em 05/05/2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em 22 nov. 2018 e ADPF 132. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator Min. Ayres Brito. Julgada em 05/05/2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em 22 nov. 2018.

¹⁷⁶ DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os Direitos LGBTI**. 6ª ed. Reformulada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 113.

¹⁷⁷ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RESP 1.183.378/RS. Recorrentes: KRO e LP. Recorrido: MPE/RS. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 25/10/2011. DJe 11/04/2012. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=18810976&num_registro=201000366638&data=20120201&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 22/11/2018.

¹⁷⁸ BRASIL. CNJ. Resolução 175/2013. 14 de maio de 2013. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2504> Acesso em 25 nov. 2018.

parentalidade. Conforme DIAS, a resistência em admitir a filiação homoparental é enorme em uma sociedade tão heterossexista.¹⁷⁹ As alternativas gradualmente conquistadas para a maioria dos casais de gays e lésbicas¹⁸⁰ realizarem sua vontade de serem pais e mães são a adoção, a reprodução assistida e o reconhecimento de parentalidade socioafetiva quando uma das pessoas do casal já possui filho.

Não há lei que confira expressamente o direito de casais homoafetivos à adoção. Apesar de o ECA e o Código Civil não vedarem tal hipótese, pois não trazem qualquer restrição quanto ao sexo ou orientação sexual da pessoa adotante, a dificuldade da sociedade e do judiciário em admitir a homoparentalidade era tão grande (e continua sendo) que casais sequer se habilitavam à adoção. A forma encontrada para contornar a resistência, nesses casos, foi a adoção unilateral, em que apenas uma pessoa do casal se habilitava à adoção, não se identificando como homossexual.¹⁸¹

A primeira decisão a permitir a adoção por casal homoparental é de 2005¹⁸². Nesse caso, um casal de lésbicas deliberou conjuntamente a adoção de dois filhos. Uma delas habilitou-se sozinha, adotando-os. Em seguida, a outra pleiteou judicialmente a adoção de ambos, que foi deferida, sendo confirmada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em 2006¹⁸³ e pelo Superior Tribunal de Justiça em 2010¹⁸⁴.

¹⁷⁹ DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os Direitos LGBTI**. p. 204.

¹⁸⁰ Diz-se maioria pois está excluída desta situação o caso de casais homossexuais em que há um parceiro transgênero, o que possibilita, a depender de eventual realização de cirurgia de redesignação sexual e de tratamento hormonal, uma gravidez natural.

¹⁸¹ DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os Direitos LGBTI**. p. 208.

¹⁸² BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Comarca de Bagé/RS. Processo n. 7002/72. Juiz de Direito Marcos Danilo Edon Franco. Julgado em 28/10/2005.

¹⁸³ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível 70013801592, 7ª Câmara Cível. Recorrente L.M.B.G. Recorrido MPE/RS. Relator Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 05/04/2006. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em 22/11/2018.

¹⁸⁴ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. REsp 889.852/RS. Recorrente: MPE/RS. Recorrido: L.M.B.G. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 27/04/2010. DJe 09/08/2010. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=9823377&num_registro=200602091374&data=20100810&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 22/11/2018.

Apenas em 2015 o Supremo Tribunal Federal se manifestou sobre o assunto, no RE 846.102¹⁸⁵. A Ministra relatora Carmem Lúcia, em sua fundamentação, afirmou que, uma vez já reconhecida pelo STF a união homoafetiva como entidade familiar, não se deveria criar óbices que a lei não prevê – e assim, além de permitir a adoção conjunta por casal homoafetivo, afastou a limitação de sexo e de idade dos adotandos em razão da sexualidade dos adotantes que havia sido imposta nos processos de origem.

No que tange à concessão do salário-maternidade em decorrência da adoção, não há nenhuma distinção entre casais hetero e homoafetivos. Assim, aplica-se o art. 71-A da LBPS¹⁸⁶, o qual prevê que a pessoa segurada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção terá direito ao salário-maternidade pelo período de cento e vinte dias. Daí que, no caso de adoção por casais gays, haverá recebimento de salário-maternidade por homens.

Ainda, conforme §1º do supracitado artigo, não será concedido benefício a mais de um segurado ou segurada em decorrência do mesmo processo de adoção ou guarda. Assim, o casal deverá escolher quem dos adotantes será o beneficiário.

Importante observar que, do ponto de vista do casal de lésbicas, há prejuízo em relação aos casais heteroafetivos e aos casais gays. Para estes, enquanto uma pessoa do casal receberá o salário-maternidade e terá direito aos correspondentes cento e vinte dias de licença-maternidade, a outra terá direito à licença-paternidade, hipótese que não é prevista às lésbicas adotantes¹⁸⁷. Em outras palavras, o casal lésbico terá, no total, direito a cento

¹⁸⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 846.102. Recorrente: MPE/PR. Recorrido: A.L.M. dos R; D.I.H. Relatora Ministra Carmem Lúcia. Brasília, 05/03/2015. DJe 17/03/2015. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4657667>>. Acesso em 22/11/2018.

¹⁸⁶ BRASIL. **Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991.**

¹⁸⁷ Por inexistir direito trabalhista correspondente para a mulher lésbica companheira daquela que usufrui do benefício, fica a cargo do empregador a liberalidade de concessão dos cinco dias de licença garantidos ao homem. O mesmo prejuízo é sofrido por casais adotantes heterossexuais que optam pelo recebimento do salário-maternidade pelo gozo da licença-maternidade pelo homem. Com isso, demonstra-se que há prejuízo quando não é a mulher quem assume a responsabilidade pelo cuidado em tempo integral dos filhos, o que contribui para a manutenção da divisão sexista do trabalho.

e vinte dias de licença, usufruído por somente uma das mães, enquanto os outros casais terão direito a cento e vinte cinco.¹⁸⁸

Além da adoção, duas outras formas de parentesco civil foram reconhecidas recentemente, e são amplamente utilizadas por casais homoafetivos. São a reprodução assistida heteróloga e a parentalidade socioafetiva. Ambas situam-se na expressão "outra origem", mencionada pelo art. 1.593 do Código Civil¹⁸⁹, como geradoras de vínculo parental que não seja a consanguinidade.

A reprodução assistida heteróloga foi garantida aos casais homoafetivos pela primeira vez pela Resolução 2.013/2013 do CFM. Após o reconhecimento da união estável homoafetiva pelo STF, em 2011, não houve legislação que regulasse os direitos de parentalidade decorrentes, de forma que são as sucessivas resoluções do CFM que dispõem sobre a matéria¹⁹⁰.

Dois possibilidades existem para reprodução assistida aos casais homoafetivos: a gestação por substituição, caso em que há uma pessoa gestante que não faz parte da relação; e a gestação compartilhada, quando o ovócito de uma das mulheres cis parceiras é implementado no útero da outra mulher cis parceira¹⁹¹.

No que tange à gestação por substituição, pode ser realizada por gays e lésbicas, independentemente de sua identidade de gênero. A mãe gestacional não terá vínculo parental reconhecido – conforme já trabalhado no ponto 3.2. Desde 2016, consoante Provimento 52 do CNJ¹⁹², o assento de nascimento foi adequado para que conste apenas o campo “filiação” com o

¹⁸⁸ Leia-se 120 dias da licença-maternidade somados a 5 dias da licença-paternidade.

¹⁸⁹ BRASIL. **Código Civil, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 24 nov. 2018.

¹⁹⁰ A referida resolução foi revogada pela 2.121/2015, que, por sua vez, foi revogada pela 2.168/2017, vigente atualmente.

¹⁹¹ A resolução prevê que “é permitida a gestação compartilhada em união homoafetiva feminina em que não exista infertilidade”. Acreditamos que o procedimento também poderia ser feito entre casal composto por pessoa que ovula e pessoa com útero, independentemente de suas identidades de gênero. Contudo, tal possibilidade não é prevista pela resolução.

¹⁹² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Provimento n. 52, de 14 de março de 2016.

nome dos ascendentes, sem distinção quanto à ascendência materna ou paterna. Antes disso, alguns casais tiveram esse direito reconhecido judicialmente.¹⁹³

No caso de casais homoafetivos compostos por dois homens, não há previsão de concessão de salário-maternidade. Nesses casos, os casais buscam na Justiça a concessão do benefício, mas ainda não existe decisão vinculante dos Tribunais Superiores sobre o assunto, de forma que não há uniformidade nas decisões. Em geral, quando concedido o benefício, é somente para um dos pais. Defende-se, portanto que, em analogia ao caso previsto para a adoção, a partir da ocorrência do fato gerador parto, seja concedido um salário-maternidade, sendo escolha do casal quem irá desfrutá-lo. Já quando a gestação substitutiva é feita por casal de lésbicas, a licença-maternidade é concedida pelo INSS para uma delas.

Já no caso da gestação compartilhada, uma das mães é também a mãe gestante, que recebe o benefício do salário-maternidade. Há jurisprudência concedendo ao casal o direito de escolha, em analogia à adoção, para que a mãe não gestante possa usufruir do benefício.¹⁹⁴

¹⁹³ **Lésbicas conseguem registrar filho com duas mães.** Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-04/casal-lesbicas-direito-registrar-filho-duas-maes>>. Acesso em: 16 nov. 2018. **Juíza determina registro de nascimento com duas mães e sem indicação do doador de sêmen.** Jornal Jurid. Disponível em: <<https://www.jornaljurid.com.br/noticias/juiza-determina-registro-de-nascimento-com-duas-maes-e-sem-indicacao-do-doador-de-semen>>. Acesso em: 16 nov. 2018. BRAZILIENSE, Correio. **Juíza permite registro de nascimento com o nome das duas mães no DF.** Correio Braziliense. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2017/06/06/interna_cidadesdf.600391/juiz_a-permite-registro-com-nome-de-duas-maes-no-df.shtml>. Acesso em: 16 nov. 2018. G1. **Casal homoafetivo registra criança com duas mães diretamente no cartório, no Pará.** G1. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pa/para/noticia/casal-homoafetivo-do-para-consegue-na-justica-o-direito-de-registrar-crianca-com-duas-maes.ghtml>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

¹⁹⁴ BRASIL. Justiça Federal da 2ª Região. 31ª Vara Federal do Rio de Janeiro. Processo n. 0143171-21.2015.4.02.5101. Autor: Juliana Pires da Silva Ferreira. Réu: INSS. Juiz Federal Marcelo Leonardo Tavares. Rio de Janeiro, 16 de agosto de 2016. Disponível em <<http://procweb.jfrrj.jus.br/portal/consulta/resconsproc.asp>>. Acesso em 22/11/2018. Em fevereiro de 2017, o TRF/2 negou provimento ao apelo do INSS, afirmando que o benefício não está ligado ao evento biológico ou à parturiente, mas sim ao melhor benefício à criança, assegurado pela CF. O trânsito em julgado ocorreu em maio de 2017. BRASIL. TRF/2. Apelação 0143171-21.2015.4.02.5101. Apelante INSS. Apelada Juliana Pires da Silva Ferreira. Relator Messod Azulay Neto. Rio de Janeiro, 16/02/2017. DJe 17/03/2017.

Recentemente, casais de lésbicas têm pleiteado judicialmente a concessão de salário-maternidade para ambas. A decisão liminar que concedia o direito para um dos casais está suspensa, após recurso do INSS.¹⁹⁵

Ainda, devido aos altos custos da reprodução assistida – em torno de quinze mil reais –, alguns casais recorrem também à prática da chamada inseminação artificial caseira¹⁹⁶. Alheia às entidades oficiais, esse método não possui nenhum tipo de regulamentação ou controle. Nesses casos, o que ocorre é o reconhecimento da filiação socioafetiva.¹⁹⁷

A filiação socioafetiva concomitante à biológica foi reconhecida por decisão do Supremo Tribunal Federal em 2016. No julgado, a tese firmada foi a de que “a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseada na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”.¹⁹⁸ Afirmou-se, com isso, a possibilidade da multiparentalidade e a igualdade entre o vínculo biológico e o socioafetivo.

Com o Provimento 63 do CNJ, em novembro de 2017, autorizou-se o reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade socioafetiva de pessoa de qualquer idade diretamente perante os oficiais de registro civil das

¹⁹⁵ **Casais de mulheres buscam na Justiça dupla licença-maternidade.** VEJA. 10/04/2018. Disponível em <<https://veja.abril.com.br/brasil/casais-de-mulheres-buscam-na-justica-dupla-licenca-maternidade/>>. Acesso em 17/11/2018. GAZETA DO POVO. **Casal lésbico não consegue licença-maternidade conjunta.** 11/11/2017. Disponível em <<https://www.gazetadopovo.com.br/justica/casal-lesbico-nao-consegue-licenca-maternidade-conjunta-9kuqpxy8aglggbs5hye4cm2xu/>>. Acesso em 17/11/2018.

¹⁹⁶ BBC. **Os brasileiros que doam sêmen para inseminações caseiras.** BBC. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-42145205>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

¹⁹⁷ MEDEIROS, Ângelo. **Casal homoafetivo registra em seu nome filho gerado de inseminação artificial caseira - Visualizar - Sala de Imprensa.** TJ-SC. Disponível em: <<https://portal.tjsc.jus.br/web/sala-de-imprensa/-/casal-homoafetivo-registra-em-seu-nome-filho-gerado-de-inseminacao-artificial-caseira>>. Acesso em: 16 nov. 2018. Possivelmente o mesmo caso, com entrevista com as mães: BALTHAZAR, Felipe. **DECISÃO INÉDITA: Casal homoafetivo consegue na justiça direito de registrar criança gerada por inseminação caseira.** Revista W3. Disponível em: <<https://www.revistaw3.com.br/noticias/2015/10/24/decisao-inedita-casal-homoafetivo-consegue-na-justica-direito-de-registrar-crianca-gerada-por-inseminacao-caseira-2.html>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

¹⁹⁸ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário 898.060/SC. Recorrente: A. N. Recorrido: F. G. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 21. set. 2016 [decisão sobre o caso concreto]. Brasília, 22/09/2016 [decisão sobre a fixação da tese]. Dje-187, 24/08/2017. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13431919>>. Acesso em 14/11/2018.

peessoas naturais. A única exigência em relação à idade é uma diferença entre quem reconhece e quem será reconhecida, a qual deve ser de, no mínimo, dezesseis anos. Tal vínculo somente pode ser desconstituído pela via judicial, nas hipóteses de vício de vontade, fraude ou simulação. No traslado, não pode ser mencionada a origem do vínculo de filiação. Também foi autorizado pelo provimento o reconhecimento por meio de disposição de última vontade em documento público ou particular.

Nessas situações, casais homoafetivos em que um dos parceiros já possuía vínculo de parentalidade, natural ou por adoção, agora podem garantir que o outro parceiro também terá tal vínculo reconhecido sem a necessidade de decisão judicial. Contudo, não há previsão legislativa acerca de concessão do benefício nesse caso. Defende-se, por se tratar de situação análoga à adoção, que seja concedido benefício de salário-maternidade à pessoa que reconhece o vínculo de parentalidade em cartório.

3.5 Famílias Não-Monogâmicas

Famílias não-monogâmicas existem. Ainda que, em face da estrutura monogâmica da sociedade brasileira, a bigamia seja criminalizada¹⁹⁹ e o casamento imponha dever legal de fidelidade²⁰⁰, vínculos afetivos concomitantes nunca deixaram de existir – e em larga escala. De forma mais comum, existem as famílias paralelas, quando o homem mantém duas entidades familiares de forma simultânea. De forma menos frequente, em uma única entidade familiar, chama-se união poliafetiva ou poliamor as relações que se baseiam em vínculos de amor livre.²⁰¹

¹⁹⁹ É o texto do Código Penal: “Art. 235 - Contrair alguém, sendo casado, novo casamento: Pena - reclusão, de dois a seis anos. § 1º - Aquele que, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância, é punido com reclusão ou detenção, de um a três anos. § 2º - Anulado por qualquer motivo o primeiro casamento, ou o outro por motivo que não a bigamia, considera-se inexistente o crime.

²⁰⁰ Prevê o Código Civil: “Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV - sustento, guarda e educação dos filhos; V - respeito e consideração mútuos.” Contudo, fidelidade é manter-se fiel ao que o casal se propôs. Não há necessariamente vinculação entre fidelidade e exclusividade afetivo-sexual.

²⁰¹ DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. p. 115.

As expressões são novas, sua existência não. A bem da verdade, o amor romântico ocidental e sua ideia de exclusividade, com a fusão de dois em um, é mais recente, nasceu no final do século XVIII.²⁰² Somente no século XIX a celebração do casamento por amor superou o casamento arranjado e os hábitos masculinos da nobreza.²⁰³ Desde a Antiguidade, o casamento dizia respeito a questões patrimoniais e à proteção à linhagem. Nas sociedades tribais, inclusive na Grécia Homérica (séculos XII a VIII a.c.), o casamento era negociado entre os homens, sem a interferência ou o consentimento das mulheres, que eram compradas pelos maridos²⁰⁴; em Atenas (séculos V e IV a.c.), o casamento tinha como finalidade apenas o aumento da prole e os cuidados com o lar.²⁰⁵

Conforme ensina LINS, o amor é uma construção social, e a cada época da História ele se apresentou de uma forma. A marca da época atual é a busca pela individualidade: sem buscar no outro a completude, a exclusividade deixa de ser um imperativo, e surge a possibilidade de amar e se relacionar sexualmente com mais de uma pessoa ao mesmo tempo.²⁰⁶ Com isso, nas últimas décadas tem crescido a parcela da população a qual abertamente estabelece relações sem o compromisso de exclusividade afetivo-sexual.

Consoante DIAS, os vínculos afetivos concomitantes sempre foram alijados do sistema legal, na vã tentativa de fazê-los desaparecer. Critica a autora, nesse sentido, a condenação à invisibilidade, pois deixar de reconhecer sua existência e lhes negar efeitos jurídicos é privilegiar o “bígamo” e punir a

²⁰² LINS, Regina Navarro. **O Livro do Amor – volume 2**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Bestseller, 2013. p. 98 e ss.

²⁰³ *Ibid.* p. 79.

²⁰⁴ LINS, Regina Navarro. **O Livro do Amor – volume 1**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Bestseller, 2013. p. 41.

²⁰⁵ *Ibid.* p. 50.

²⁰⁶ LINS, Regina Navarro. **O Livro do Amor – volume 2**. p. 302.

“concubina” como cúmplice de adultério²⁰⁷, chancelando o enriquecimento injustificado de quem mantém vínculos afetivos paralelos.²⁰⁸

Contudo, descabe, sobretudo ao Poder Judiciário, um juízo prévio e geral de reprovabilidade a formações conjugais plurais. Não havendo prejuízo a ninguém, se mostra completamente descabido negar o direito de conviver a quem descobriu que em seu coração cabe mais de um amor. Assim, o importante é que, pelo contrário, se estimule a assunção da responsabilidade nos relacionamentos, seja com os companheiros e companheiras, seja com os filhos decorrentes dessas relações.

Por isso, deve-se celebrar a primazia da filiação socioafetiva e o reconhecimento judicial da multiparentalidade. Conforme DIAS, essa é a única limitação cabível ao amor: a responsabilidade pelos seus afetos em suas múltiplas facetas.²⁰⁹

Em 2016, como visto, o STF reconheceu a possibilidade da multiparentalidade por meio do RE 898.060/SC. Para o reconhecimento da filiação multiparental, basta flagrar o estabelecimento do vínculo de filiação com mais de duas pessoas. Para isso, não importa se o Estado autoriza o relacionamento entre os pais ou não – é entender que esses relacionamentos existem e que deles surtirão efeitos jurídicos, como a filiação, que precisam ser tutelados. Ficou evidente, pelo julgamento, que o reconhecimento do vínculo concomitante é para todos os fins, inclusive alimentares e sucessórios.

Com a emergência dessa posição do STF, o CNJ, em novembro de 2017, editou o Provimento 63, o qual, além de atualizar a regulamentação sobre

²⁰⁷ O adultério somente deixou de ser crime no Brasil em 2005, pela Lei 11.106. Até então, o Código Penal, em seu artigo 240, punia o réu e o co-réu em crime de adultério com detenção de quinze dias a seis meses.

²⁰⁸ DIAS, Maria Berenice. **Adultério, bigamia e união estável: realidade e responsabilidade**. Publicado em 30 ago. 2010. Disponível em [http://www.mariaberenicedias.com.br/manager/arq/\(cod2_790\)4_adulterio_bigamia_e_uniao_estavel_realidade_e_responsabilidade.pdf](http://www.mariaberenicedias.com.br/manager/arq/(cod2_790)4_adulterio_bigamia_e_uniao_estavel_realidade_e_responsabilidade.pdf)>. Acesso em 19 nov. 2018.

²⁰⁹ DIAS, Maria Berenice. **Amores Plurais**. Publicado em 29 ago. 2017. Disponível em [http://www.mariaberenicedias.com.br/manager/arq/\(cod2_13072\)Amores_plurais.pdf](http://www.mariaberenicedias.com.br/manager/arq/(cod2_13072)Amores_plurais.pdf)>. Acesso em 19 nov. 2018.

reprodução assistida, regulou pela primeira vez a parentalidade socioafetiva e a multiparentalidade.

O §3º do art. 11 do provimento prevê a necessidade de autorização dos ascendentes registrais para o registro de filiação socioafetiva de menor de idade. Se o filho a ser reconhecido for maior de doze anos, é necessário também o seu consentimento (§§ 4º e 5º). Conforme o art. 15, o reconhecimento extrajudicial da parentalidade socioafetiva não obstaculizará a discussão judicial sobre a verdade biológica – o que reafirma a possibilidade da multiparentalidade.²¹⁰

Tal possibilidade consta também no art. 14: “o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva somente poderá ser realizado de forma unilateral e não implicará o registro de mais de dois pais e de duas mães no campo filiação no assento de nascimento”. De início, duas correntes se formaram a respeito das possibilidades interpretativas de tal regra. De um lado, entendia-se que a norma não reconhecia a multiparentalidade pela via extrajudicial, diante do uso do termo “unilateral”. De outro, entendia-se pela possibilidade, na linha da decisão do STF, que constava inclusive nos “considerandos” do provimento.²¹¹

O entendimento que prevaleceu foi este último. A multiparentalidade foi admitida nos Cartórios de Registro Civil, limitada a dois pais – um registral e um socioafetivo – e duas mães – uma registral e outra socioafetiva. Para dirimir tal questão, foi fundamental a nota de esclarecimento da Associação Nacional dos Registradores de Pessoas Naturais (ARPEN)²¹², de 6 de dezembro do mesmo ano, que interpretou o sentido do termo “unilateral” como a impossibilidade de realização do registro simultâneo de pai e mãe

²¹⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento Nº 63 de 14 de novembro de 2017.**

²¹¹ Tartuce, Flávio. **Anotações ao Provimento 63 do Conselho Nacional de Justiça – parte II.** Migalhas. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/familiaesuccessoes/104,mi280973,11049-anotacoes+ao+provimento+63+do+conselho+nacional+de+justica+parte+ii>>. Acesso em: 1 dez. 2018.

²¹² **Manifestação da ARPEN Brasil sobre o Provimento nº 63/2017 do CNJ.** Associação de direito de família e das sucessões. Disponível em: <<http://adfas.org.br/2017/12/11/manifestacao-da-arpem-brasil-sobre-o-provimento-no-63-2017-do-cnj/>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

socioafetivos, mas apenas de um pai e de uma mãe, devendo um dos pais e uma das mães serem registrais. Afirmou a nota:

as pessoas que já possuam pai e mãe registral, para terem o reconhecimento de um pai e uma mãe socioafetivos, formando a multiparentalidade, deverá o registrador civil realizar dois atos, um para o pai socioafetivo e outro para a mãe socioafetiva.

Algumas observações sobre o ponto são pertinentes. A primeira delas é a limitação a que sejam “dois pais e duas mães”. O próprio CNJ já editou os modelos de certidão de nascimento para que deixassem de constar os campos “pai” e “mãe” para constar somente filiação, sem distinção de gênero. Conforme a situação foi exposta, privilegia-se as famílias heteroafetivas, em detrimento das demais. No caso de união poli-homoafetiva, não seria possível o reconhecimento dos ao menos três vínculos de filiação, por exemplo. Mas não só, mesmo os casos de relações monogâmicas homoafetivas sofreriam restrições indevidas: se um casal homoafetivo se separasse, com cada um dos parceiros formando novas relações monogâmicas, os novos parceiros não poderiam ter suas relações de parentalidade socioafetiva reconhecidas.

Assim, acredita-se que a nota foi descuidada na sua redação. Não caberia a restrição ao reconhecimento dos vínculos conforme a identidade de gênero, com impacto sobre a orientação sexual. Por questão de isonomia, leia-se que é possível o reconhecimento extrajudicial da multiparentalidade limitado ao número de quatro: dois registrais e dois socioafetivos.

No que tange a essa limitação quantitativa, não se descorda. É importante recordar que o reconhecimento da filiação deve se dar no melhor interesse do menor e que a limitação é somente ao reconhecimento extrajudicial. Assim, nos casos de uniões formadas por mais de quatro pessoas, ou melhor, no caso de mais de quatro vínculos parentais, independentemente se no seio de apenas um núcleo familiar, submete-se o cabimento, no melhor interesse do menor, à análise judicial. Com a filiação, não se constituem apenas direitos à pessoa adotanda, mas também deveres de um futuro adulto, além das repercussões sucessórias.

No que tange ao salário-maternidade, a situação das famílias poliafetivas não é distinta da das famílias monogâmicas. Não há previsão para concessão do benefício quando do registro da filiação socioafetiva. Quando o vínculo é biológico – como no caso de família poliafetiva composta por três pessoas, na qual uma cede o sêmen, a outra o óvulo e a outra o útero e material genético, haverá concessão de somente um salário-maternidade, destinado à pessoa gestante.

Defende-se, portanto, que o vínculo existente entre os pais e as mães não afete os vínculos de filiação para efeitos de concessão de salário-maternidade. Não importa a origem da multiparentalidade, seja ela fruto de relações poliafetivas ou monogâmicas, entre pessoas cis ou transgêneras, hetero, ou homoafetivas, a tutela jurídica se dá na relação parental, que é igual para todas as pessoas.

3.6 Outras questões: igualdade de gênero, salário-paternidade, salário-natalidade e fonte de custeio

Clara Zetkin, ativista pelos direitos das mulheres, defendeu já em 1889, no Congresso Internacional da Classe Trabalhadora, em Paris, que “a questão da emancipação das mulheres [...] é, em última instância, a questão do trabalho das mulheres”.²¹³ Mais de um século depois, contudo, o trabalho das mulheres em situação de igualdade ao dos homens não é questão do passado.

O último dado sobre o Brasil disponibilizado pela Organização das Nações Unidas, de 2015, no que tange a mulheres em posições de poder é terrível. Somente 8% das mulheres ocupam posições em diretorias executivas. Em 1990, dado mais antigo sobre o Brasil no supracitado estudo, eram cinco as cadeiras ocupadas por mulheres, entre mais de quinhentas existentes. Em

²¹³ Foner, Philip S. **Selected Writings** apud DAVIS, Angela. **Mulheres, cultura e política**. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 134.

2015, nove.²¹⁴ Em relatório do Fórum Econômico Mundial de 2017 sobre desigualdade de gênero, o Brasil encontra-se na nonagésima posição de cento e quarenta e quatro, com um índice de igualdade de gênero em 0,684²¹⁵ (sendo 0 totalmente desigual e 1 igualdade plena). Posição vergonhosamente alcançada depois de termos ocupado a posição sessenta e sete em 2006. O índice é calculado com base em quatro eixos: oportunidade e participação econômica²¹⁶; acesso à educação; saúde e sobrevivência; e empoderamento político²¹⁷.

No relatório do Fórum Econômico Mundial, o Brasil classifica-se com nota máxima em igualdade nos eixos de acesso à educação e de saúde e sobrevivência. Contudo, há profunda desigualdade de oportunidades e de participação econômica, apesar de maioria de mulheres no total de pessoas trabalhadoras técnicas e profissionais²¹⁸. O empoderamento político é vexatório, eixo em que o Brasil ocupa a centésima décima posição, pontuando 0,101 (nota que, lembra-se, varia de 0 a 1). Havia em 2017, de acordo com o relatório, 12% de mulheres nas vagas do Congresso e somente 4% de mulheres em cargos ministeriais.

A contextualização sobre as desigualdades vividas por mulheres é basilar para o presente debate. O fundamento da criação da licença-maternidade é o combate à discriminação no ambiente laboral. O modelo atual, apesar de sua importância, não é suficiente.

²¹⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - DIVISÃO DE ESTATÍSTICA. **The World's Women 2015**. UN. Disponível em: <<https://unstats.un.org/unsd/gender/chapter5/chapter5.html>>. Acesso em: 23 nov. 2018.

²¹⁵ Em que 1 representa completa igualdade e 0 completa desigualdade. WORLD ECONOMIC FORUM. **The global gender gap report: 2017**. Geneva: World Economic Forum, 2017. p. 11 e 98.

²¹⁶ O qual leva em consideração três aspectos: participação de mulheres na força de trabalho, a diferença remuneratória e a disparidade de crescimento na carreira, calculada com base nos dados da proporção de mulheres em posições de destaque e a proporção de mulheres em trabalhos técnicos e profissionais. *Ibid.* p. 5.

²¹⁷ O qual leva em consideração a proporção de mulheres nos altos cargos políticos, como ministras e congressistas, além da proporção de mulheres comandando o país (primeira-ministra ou presidente). *Ibid.* p. 5.

²¹⁸ *Ibid.* p. 98.

Em matéria de direito internacional, já em 1981, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) adotou a Convenção sobre os Trabalhadores com Encargos de Família (n. 156), não ratificada pelo Brasil, em que se reconheceu a importância do envolvimento do pai nas responsabilidades familiares. A convenção levou em consideração o parágrafo 14 do preâmbulo da Convenção das Nações Unidas, de 1979, essa ratificada pelo Brasil²¹⁹, sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação da Mulher, a qual vincula os estados-membros a “conscientizar-se da necessidade de mudança no papel tradicional tanto do homem como da mulher na sociedade e na família, para se chegar à plena igualdade entre homens e mulheres”²²⁰. A forma como os pais são incluídos nas políticas de licença para cuidado parental podem ter importantes implicações para a igualdade de gênero e para o nível de engajamento dos pais com as referidas políticas.²²¹

É preciso, antes de criticar as limitações da licença-paternidade, conceituá-la. Garantida pelo art. 7º, XIX da CF/88²²², o povo aguarda há 30 anos os “termos fixados em lei” que deveriam ter sido editados para regulamentar a referida licença, conforme preceitua o supracitado artigo. Vergonhosa e inconstitucionalmente não regulamentada, sua pífia duração é dada pelo art. 10, §1º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o qual prevê cinco dias²²³. Há ainda previsão legal de prorrogação por mais quinze dias, sob responsabilidade da empresa aderente ao Programa Empresa Cidadã – conforme analisado no ponto 2.3. Até hoje, portanto, a licença-paternidade não é coberta pela previdência social²²⁴. É norma trabalhista que

²¹⁹ BRASIL. **DECRETO Nº 4.377, DE 13 DE SETEMBRO DE 2002**. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm>. Acesso em: 21 nov. 2018.

²²⁰ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **C156 - Sobre a Igualdade de Oportunidades e de Tratamento para Homens e Mulheres Trabalhadores: Trabalhadores com Encargos de Família**. OIT. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_242709/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 16 nov. 2018.

²²¹ ADDATI, Laura; CASSIRER, Naomi; GILCHRIST, Katherine. **Maternity and paternity at work: Law and practice across the world**. Genebra: Organização Internacional do Trabalho, 2014.

²²² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

²²³ *Ibid.*

²²⁴ LAZZARI; CASTRO. **Manual de Direito Previdenciário**. p. 1233.

garante a interrupção do contrato de trabalho, inclusive para o pai adotivo, cujo custo é sustentado pela parte empregadora²²⁵.

Junto à criação de ambas licenças (paternidade e maternidade), a CF/88 passou a prever direito fundamental à igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres em seu art. 5º, inciso I²²⁶. Não terem as pessoas constituintes interpretado a diferença entre a licença-paternidade e a licença-maternidade – essa última 24 vezes maior em relação àquela – como estímulo à desigualdade é simbólico de uma constituinte que contou com 26 deputadas e nenhuma senadora²²⁷ de um universo de 559 titulares e cuja mesa foi composta por 8 homens e uma mulher, suplente²²⁸.

Importante delimitar que promover a igualdade não significa desconsiderar as particularidades. A pessoa parturiente e a pessoa lactante²²⁹ devem ser protegidas nas suas especificidades, indiscutivelmente. A amamentação natural é fundamental para o bom desenvolvimento do bebê, além de poderosa ferramenta de vínculo entre bebê e lactante, e gera redução da mortalidade infantil²³⁰. Contudo, é relevante investigar os impactos da disparidade entre licença-maternidade e licença-paternidade.

Apesar da Seguridade Social arcar com o salário-maternidade, evitando desestímulo na contratação de mulheres caso fosse responsabilidade do ente empregador – em função da maior oneração na contratação feminina –, a disparidade, no atual sistema, se mantém. Para a maioria dos casais,

²²⁵ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 11ª ed., rev.atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

²²⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

²²⁷ **Bancada Feminina**. Portal da Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/constituintes/copy_of_index.html>. Acesso em: 20 nov. 2018.

²²⁸ **Apresentação**. Portal da Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/constituintes/constituintes>. Acesso em: 20 nov. 2018.

²²⁹ Há várias hipóteses em que a pessoa parturiente não é a pessoa lactante, importante ressaltar. Gestação substitutiva para um casal heteroaferivo e infértil é um exemplo. Um casal de lésbicas em que uma gestará e a outra ou ambas amamentarão, é outro.

²³⁰ NANDI, Arijit *et al.* The Impact of Parental and Medical Leave Policies on Socioeconomic and Health Outcomes in OECD Countries: A Systematic Review of the Empirical Literature. **The Milbank Quarterly**. v. 96, n. 3, p. 434–471, 2018. p. 452.

heteroafetivos, a forma como as licenças estão postas incentivam a mulher a ficar afastada do trabalho enquanto o homem segue a vida profissional. Essa configuração gera uma série de consequências. Homens seguem trabalhando nos primeiros meses do nascimento depois da parca licença-paternidade, tendo uma produtividade maior no cômputo total de trabalho, podendo ainda ganhar aumentos e promoções durante o período.

No âmbito familiar, as diferenças também aparecem. Qualquer pessoa que estiver em tempo integral cuidando de um ser recém-nascido criará vínculos mais fortes e estará mais capacitada a interpretar e a atender suas necessidades. Findo esse período, haverá uma dificuldade de dividir igualmente as tarefas de cuidado. Há, nesse sentido, evidências de causalção entre o aumento de licença-paternidade paga e o aumento da participação dos homens em tarefas domésticas²³¹.

O debate sobre salário-paternidade está diretamente ligado à proteção da maternidade e da infância. Os primeiros meses de vida são fundamentais para o desenvolvimento da criança. É preciso compreender a extensão do impacto da mulher cuidar sozinha do bebê durante boa parte do dia, além do impacto da ausência do pai nesse momento sensível, em especial considerando a reforma trabalhista aprovada em 2017, com trabalho intermitente e aumento de jornada para até doze horas por dia.

Pelas razões expostas, um desenho institucional propício à criação de filhos e à conquista da igualdade de gênero é uma necessidade, além de um dever constitucional. A manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial da previdência também é fortemente impactada pela insuficiência de estímulos à parentalidade. De acordo com os dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)²³², desde 2005 o Brasil está abaixo da linha de reposição

²³¹ *Ibid.*

²³² FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **IBGE | Brasil em síntese | população | taxas de fecundidade total**. IBGE. Disponível em: <<https://brasilemsintese.ibge.gov.br/populacao/taxas-de-fecundidade-total.html>>. Acesso em: 21 nov. 2018.

populacional (aproximadamente dois e um décimo filhos por mulher²³³). Nível de reposição populacional é conceito que leva em consideração não só a quantidade de filhos por mulher ao longo de sua vida reprodutiva (taxa de fecundidade total), como também a taxa de mortalidade infantil (taxa essa que varia conforme a região, portanto é limiar variável)²³⁴. Em outras palavras, quando a fecundidade total de um país está abaixo de aproximadamente dois e um décimo filhos por mulher, significa que, a longo prazo, haverá diminuição da população daquele país.

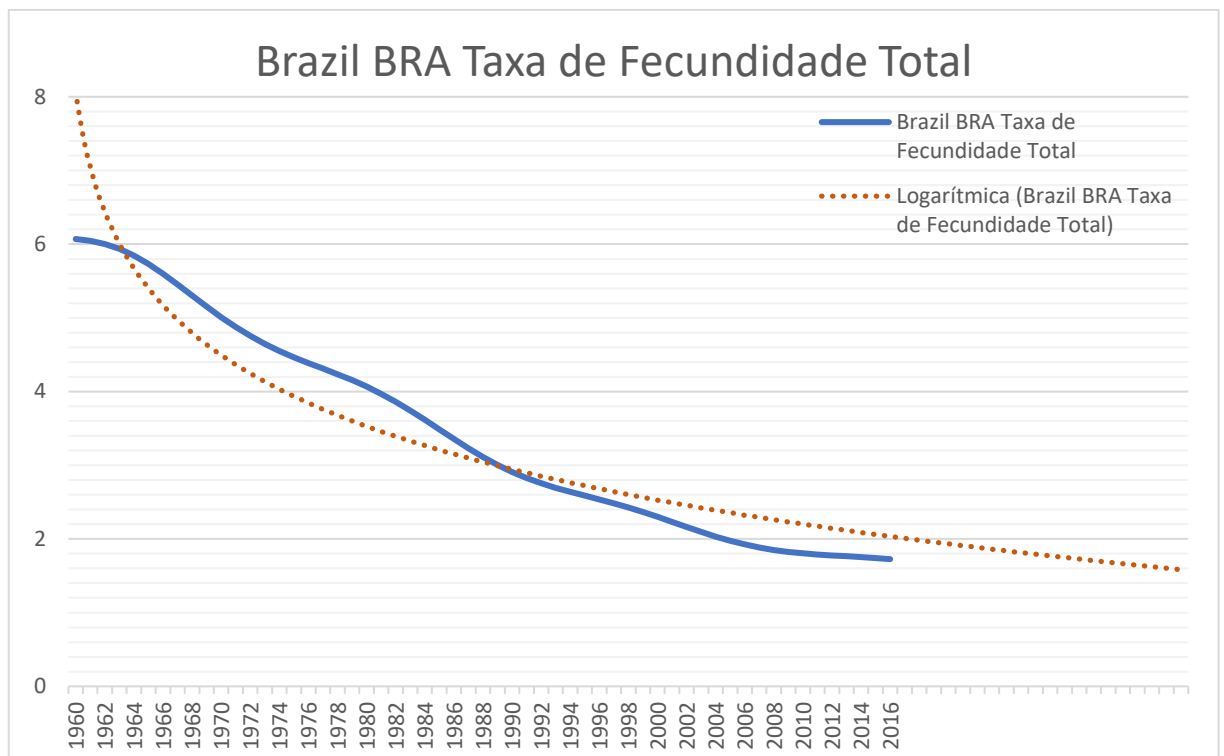
Com base nos dados da taxa de fecundidade total do Brasil, do banco mundial²³⁵ – cujos valores guardam extrema proximidade com os do IBGE²³⁶ –, construiu-se abaixo um gráfico com as informações disponíveis, desde o ano 1960 até 2016 (no eixo horizontal). A linha em azul é a taxa de fecundidade total que representa o número de filhos, o que consta do eixo vertical, em valores absolutos entre 0 e 8. Ainda, adicionou-se linha de tendência logarítmica com base nos dados de fecundidade (pontilhado em laranja). Há visivelmente uma tendência de queda.

²³³ BRASIL. **Taxa de fecundidade total – A.5.** SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. Disponível em: <<http://tabnet.datasus.gov.br/tabdata/LivrolDB/2edrev/a05.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2018.

²³⁴ ROSER, Max. **Fertility Rate.** Our World in Data. Disponível em: <<https://ourworldindata.org/fertility-rate>>. Acesso em: 21 nov. 2018.

²³⁵ **Fertility rate, total (births per woman) | Data.** Banco Mundial. Disponível em: <<https://data.worldbank.org/indicator/SP.DYN.TFRT.IN?contextual=max&locations=BR>>. Acesso em: 21 nov. 2018.

²³⁶ FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **IBGE | Brasil em síntese | população | taxas de fecundidade total.**



Mostra-se, pois, ser fundamental, por vários aspectos, o aumento da licença-paternidade. Vale lembrar ser muito custoso para população economicamente ativa (PEA) passar por um envelhecimento e redução da população, pois, até a estabilização, enfrenta-se, por vários anos, desbalanço entre a contribuição da PEA e o gasto securitário com pessoas inativas. Ou seja, a longo prazo, o aumento da licença-paternidade e sua assunção pela previdência social tem seu impacto financeiro reduzido pelo estímulo ao aumento da fecundidade gerado.

Ainda, o aumento na licença de pais é forma de redução da desigualdade de gênero, também de várias formas. Garante maior participação de homens no trabalho não-remunerado realizado em casa²³⁷, ao mesmo tempo em que reduz a diferença entre o impacto causado pela paternidade e aquele causado pela maternidade na carreira profissional. Há evidências de impacto negativo

²³⁷ NANDI *et al.* The Impact of Parental and Medical Leave Policies on Socioeconomic and Health Outcomes in OECD Countries. p. 451.

na remuneração e na progressão de carreira de mulheres que se tornam mães, quando comparada com homens que se tornam pais²³⁸.

Tendo em vista a previsão constitucional de redução das desigualdades, é importante um redesenho das disposições sobre licença parental. Nesse sentido, defende DIAS emenda constitucional para a reformulação de ambas licenças, dando lugar à licença-natalidade²³⁹. A proposta é de seis meses de duração, cujos quinze primeiros dias devem ser usufruídos pelo casal e o período subsequente de livre deliberação familiar, para uso de forma não cumulativa.

Sustenta a autora o período de seis meses para o melhor desenvolvimento da criança. Propõe também a mudança terminológica por entender que a destinatária do benefício é a criança. Sugere DIAS que assim se eliminaria os entraves restantes à homoparentalidade. Estimularia, também, a paternidade responsável, à medida que possibilitaria a divisão do ônus advindo da parentalidade, cujos impactos são sentidos principalmente na área profissional. Além do mais, consagraria a igual responsabilidade parental, o que incentivaria o cuidado infantil como um arranjo discutido entre a família – e não mais uma imposição social e jurídica.

Em complemento à proposta, defende-se uma reformulação dos fatos geradores do então salário-natalidade. Como exposto anteriormente, atualmente o parto, o aborto não-criminoso e a adoção ou guarda para fins de adoção são fatos geradores do benefício previdenciário. Essa configuração gera problemas nos casos de gestação substitutiva e, mais recentemente, no caso de reconhecimento de parentalidade socioafetiva quando não houve gozo do benefício anteriormente.

Uma forma de resolver a questão exposta é estabelecer a filiação como fato gerador do benefício, limitando o gozo do benefício a uma pessoa genitora

²³⁸ Devemos levar em consideração que a disparidade entre as licenças é fato para maioria dos países. *Ibid.* p. 443.

²³⁹ DIAS, Maria Berenice. **HOMOAFETIVIDADE E OS DIREITOS LGBT**. 6. ed. reformulada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 164-167.

após os primeiros quinze dias compartilhados, nos termos propostos por DIAS. Nesse caso, todavia, deve haver previsão específica para não restar a mãe gestacional desamparada, em adição à previsão protetiva atualmente concedida à mãe adotiva quando a mãe biológica já gozou do benefício.

Há, ainda, uma questão posta para o Poder Judiciário. Assim como a concessão de salário-maternidade para adotantes já foi mera posição jurisprudencial, as questões controvertidas anteriormente expostas estão em juízo. Como deve o judiciário enfrentar as questões presentes? Para responder, é preciso encarar um dos principais argumentos trazidos pelo INSS, ao longo de toda jurisprudência citada, para restrição do benefício: a proibição de majoração, extensão ou criação de benefício previdenciário sem a correspondente fonte de custeio total (art. 195, § 5º da CF/88²⁴⁰). A jurisprudência do STF firmou-se, de modo unânime²⁴¹, no entendimento de que o comando contido no supracitado artigo constitucional tem por destinatário exclusivo o próprio legislador ordinário. Não se aplica, portanto aos benefícios criados diretamente pela Constituição²⁴², que são autoaplicáveis.

Cumpra definir, ainda, se há, no caso, omissão legislativa inconstitucional, pois, diante de seu reconhecimento, é dada ao Poder

²⁴⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

²⁴¹ **A Constituição e o Supremo :: STF - Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>>. Acesso em: 23 nov. 2018. Ver anotação do art. 195, § 5º, em especial dos julgados correlatos.

²⁴² BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – 1ª Turma. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 151106-1/SP. Agravante: INSS. Agravada: Maria Rosa de Lima. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 28 set. 1993. DJ 26 nov. 1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=326936>>. Acesso em 23 nov. 2018.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – 2ª Turma. Recurso Extraordinário n. 220.742-6/RS. Recorrente: Clori Boeira Reis. Recorrido: INSS. Relator: Min. Néri da Silveira. Brasília, 03 mar. 1998. DJ 04 set. 1998. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=249253>>. Acesso em 23 nov. 2018.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – 1ª Turma. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 792.329/PR. Agravante: PARANAPREVIDÊNCIA. Agravado: João Liro de Albuquerque. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 17 ago. 2010. DJe n. 164 divulg. 02 set. 2010, public. 03 set. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=614059>>. Acesso em 23 nov. 2018.

Judiciário a possibilidade de sanar a possível omissão.²⁴³ São três os critérios para o reconhecimento da supracitada omissão: exigência constitucional concreta de ação de regulamentação pelo legislativo; descumprimento, inclusive parcial, da exigência de ação no prazo estipulado pela CF/88 e, na falta deste, em tempo razoável ou útil; e, por fim, a consequente violação da constituição em função da inércia do destinatário da norma em cumprir seu dever.²⁴⁴

Em relação a esses critérios, é possível perceber que o legislador está em mora no que diz respeito à licença-paternidade. Já no que diz respeito à concessão do salário-maternidade frente às diferentes configurações familiares, entende-se que não há exigência concreta de ação do legislador pela CF. Na linha da decisão do STF, o benefício é direito fundamental autoaplicável. Assim, passível de ser concedido pelo próprio Poder Judiciário, afastando-se a argumentação do INSS quanto à necessidade de existência de prévia fonte de custeio.

Isso não afasta, contudo, a importância da atuação do legislador no caso. Não é razoável que se exija de todas essas pessoas a propositura de demanda judicial para ver seu direito concretizado, tendo de enfrentar, muitas vezes, as diversas facetas do preconceito. É papel do legislador ordinário a adaptação do direito à realidade em busca da concretização das normas constitucionais.

Nesse sentido, defende SILVEIRA uma ampliação da caracterização da omissão legislativa, abrangendo também a situação das normas autoaplicáveis, baseadas em texto “com suficiente normatividade”, uma vez que o processo de interpretação e aplicação do direito revela, por vezes, a necessidade de intervenção legislativa para afastar limitações fáticas e permitir

²⁴³ SILVEIRA, Daniela Gonsalves da. O STF e a omissão legislativa inconstitucional: instrumentos e técnicas para a tutela efetiva dos direitos fundamentais. *in*: ARENHART, Sérgio Cruz (Coord.). **Processo Civil Entre a Técnica Processual e a Tutela dos Direitos**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pp. 997-1029.

²⁴⁴ CANOTILHO *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. p. 993.

a atuação efetiva dos direitos. Segundo a autora, a omissão verifica-se não propriamente no descumprimento de um dever específico de legislar, mas sim em razão das consequências no plano normativo, político e social da inércia legislativa, vale dizer, sobre as situações jurídicas e sociais que se revelam opostas à Constituição em decorrência da omissão legislativa.²⁴⁵

Nesse sentido, afirma CAMPOS a possibilidade de existência de obstáculos e necessidades organizacionais que exijam intermediação e coordenação do legislador como sujeito político mais democraticamente legitimado e institucionalmente capacitado para criar as condições necessárias e essenciais ao pleno gozo dos direitos fundamentais. Defende o autor, assim, que a falta dessas condições por inércia ou atuação insuficiente do legislador prejudica a atuação concreta das normas constitucionais, caracterizando a omissão legislativa inconstitucional, independentemente de haver dispensa formal da atuação legislativa: “a estrutura semântica do enunciado constitucional nunca será garantia do implemento do direito fundamental enunciado”.²⁴⁶

Preocupado com o dever do Estado em proporcionar efetividade às normas constitucionais, GRAU também defende o reconhecimento da omissão a partir de normas abstratas, de forma a se evitar que se conclua que “o texto constitucional não foi produzido senão para propiciar avanço nominal”²⁴⁷. O dever de proteção aos direitos fundamentais e a norma da aplicabilidade imediata desses direitos, portanto, vinculam o Estado à adoção de medidas

²⁴⁵ SILVEIRA, Daniela Gonsalves da. O STF e a omissão legislativa inconstitucional: instrumentos e técnicas para a tutela efetiva dos direitos fundamentais. *in*: ARENHART, Sérgio Cruz (Coord.). **Processo Civil entre a Técnica Processual e a Tutela dos Direitos**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. pp. 998 e 999.

²⁴⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre De Azevedo. Da Inconstitucionalidade por Omissão ao “Estado de Coisas Inconstitucional”. 248 p. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Sociais, 2015. p. 59.

²⁴⁷ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 325.

necessárias para assegurar ou possibilitar a aplicação dos direitos fundamentais.²⁴⁸

Com efeito, a constituição é amplamente descumprida nos casos analisados. Proteção à maternidade, à gestante (tanto por parte do Estado quanto por parte da Previdência social em específico, conforme art. 201, II da CF/88²⁴⁹), à infância, à família, à igualdade, à dignidade. Pode-se falar em 30 anos de desamparo, desde que a CF/88 se comprometeu com os valores supracitados e deixou as famílias homoafetivas, inférteis, compostas por pessoas transgêneras e não-monogâmicas desamparadas. Não há razoabilidade temporal defensável nesse abandono. Há evidente violação do dever de legislar, pelos motivos sustentados ao longo de todo o presente trabalho. O Estado está em mora.

²⁴⁸ SILVEIRA, Daniela Gonsalves da. O STF e a omissão legislativa inconstitucional: instrumentos e técnicas para a tutela efetiva dos direitos fundamentais. *in*: ARENHART, Sérgio Cruz (Coord.). **Processo Civil entre a Técnica Processual e a Tutela dos Direitos**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 1000.

²⁴⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

4 CONCLUSÃO

A história do salário-maternidade é reflexo da história do Brasil. Com atraso, como é de sua natureza, o direito respondeu a anseios e a tensões sociais que se desenrolaram no país. Nesse sentido, a operacionalização do benefício é representativa da forma como os direitos das mulheres foram tratados pelo Direito. Criado em 1934, teve sua regulamentação nove anos depois, em 1943, pela CLT. Somente quarenta anos depois foi efetivamente incluído como prestação da Previdência, pela Lei 6.136/74. De doze semanas, a duração do benefício passou para cento e vinte dias por meio da CF/88.

Nos anos seguintes, houve um processo de inclusão de categorias de pessoas trabalhadoras além das empregadas no rol de beneficiárias. Mulheres adotantes em 2002 – situação que possibilitou a concessão de dois salários-maternidade em função de uma mesma criança, à adotante e à parturiente. Em 2013, homens adotantes e pessoa viúva (fosse cônjuge ou companheira) foram incluídos; em 2008, houve a possibilidade de extensão da licença-maternidade via dedução tributária.

Há, ainda, muitas questões dignas de serem protegidas por meio do salário-maternidade ou de benefício que o substitua. Assim como a mãe adotante estava desamparada até a edição da Lei 10.421/02, há muitas pessoas à margem da lei. São apontados caminhos possíveis para o avanço do direito.

Um dos casos não tutelados pelo direito é o da adoção de adolescentes. Muito embora tenha havido alteração da legislação trabalhista em 2017 para concessão da licença-maternidade nesse caso, e não só na adoção de crianças, não houve correspondente alteração da legislação previdenciária. Defende a doutrina e a jurisprudência recente, nesse caso, a interpretação do direito previdenciário em conformidade ao direito trabalhista, garantindo-se a concessão do benefício em respeito à especial proteção concedida constitucionalmente a crianças e adolescentes.

Outra situação à margem do direito é a da utilização da técnica de gestação substitutiva por casais homossexuais e casais inférteis. Definida como “cessão temporária de útero” e conhecida popularmente como “barriga de aluguel”, é regulamentada tão somente por Resolução do Conselho Federal de Medicina, o qual proíbe que o uso da técnica tenha caráter lucrativo ou comercial. Nessas situações, muito embora possa haver uma mãe gestacional e outra mãe biológica, apenas a mãe biológica é reconhecida, possuindo o direito ao recebimento do salário-maternidade. À mãe gestacional não são reconhecidos direitos, mesmo sendo ela quem passe pelas dificuldades decorrentes da gravidez e do parto. Como há apenas um fato gerador, o parto, e certidão de nascimento contém o registro apenas da mãe biológica, a parturiente não é protegida – além de não ser remunerada pelos pais biológicos, também não conhece auxílio da previdência. No caso de uso da técnica por casal de homens, a estes também não é concedido o direito, conquanto no caso de adoção, situação análoga, já seja. Em tais situações, a lei é silente e o Poder Judiciário não tem concedido o benefício, sob o argumento de que não se pode criar benefício sem a respectiva fonte de custeio e que a resolução do CFM não permite que a doação do útero tenha caráter lucrativo ou comercial.

No que tange à situação das pessoas transgênero, percebe-se que o Estado ainda não compreende sua situação e, com isso, não lhes reconhece a maioria dos direitos. Em relação à legislação acerca do salário-maternidade, não há qualquer menção. Defende-se, nesse caso, que a legislação seja interpretada de forma a não levar em consideração o gênero da pessoa e sua cis ou transgeneridade. Assim, o salário poderia ser concedido tanto a homens trans que engravidam quanto a mulheres trans que não engravidam, mas serão mães. Mais que isso, defende-se, como em qualquer outra configuração familiar, a liberdade de escolha parental acerca de quem usufruirá do benefício, não estando vinculado à pessoa parturiente.

A necessidade dessa liberdade torna-se mais nítida no caso de famílias homoafetivas e de famílias não-monogâmicas. Nas famílias homoafetivas, quando a parentalidade é decorrência de adoção, há concessão de salário-

maternidade e sua fruição é permitida somente a uma pessoa, de escolha do casal. No caso de gestação substitutiva, contudo, a lei é silente. Se for utilizada por dois homens, nenhum possui o direito. Judicialmente, não há consenso, embora alguns casais já tenham conquistado o direito ao recebimento por um dois pais. Se a técnica for utilizada por duas mulheres, o direito é garantido pelo INSS a uma das mães quando do registro civil.

No caso de gestação compartilhada por casal de lésbicas, em que uma doa o material genético e a outra engravida, a parturiente receberá o benefício. Defende-se, nesse caso, a liberdade de escolha para que a mãe não parturiente – que é, muitas vezes, exclusivamente ou não, quem amamenta – possa gozar do benefício. Alguns casais de mães requereram judicialmente a concessão do benefício para ambas, mas ainda não há decisão transitada em julgado concedendo.

Quando há reconhecimento de filiação socioafetiva, a qual se permite seja realizada diretamente em cartório de registro civil desde 2017, inclusive em situações de multiparentalidade, também não há previsão para concessão do benefício. Situação bastante comum em todas as configurações familiares em que há vínculos parentais não biológicos, defende-se que, de forma análoga à adoção, seja concedido o benefício quando do reconhecimento da filiação em cartório.

Com efeito, percebe-se uma necessária reconstrução do benefício previdenciário a partir das diferentes configurações familiares possíveis. Mesmo na situação clássica para o qual foi concebido, de famílias com casais cisgêneros, heterossexuais e monogâmicos, o salário-maternidade, na sua conformação atual, associado à licença-paternidade, ainda não regulamentada pelo legislador, mostra-se insuficiente para alcançar seu objetivo de combate à discriminação no ambiente laboral. A desigualdade entre homens e mulheres persiste, e não há estímulo para uma parentalidade com divisão igual de responsabilidades.

Pelas razões expostas, um desenho institucional propício à criação de filhos e à conquista da igualdade entre as pessoas é uma necessidade, além de um dever constitucional. Por isso, defende-se a reformulação das licenças maternidade e paternidade e do salário-maternidade, dando lugar à licença-natalidade de seis meses, a ser usufruída em conjunto pelos primeiros quinze dias após o parto e de livre escolha parental quanto à titularidade pelo período seguinte.

Em complemento à proposta, defende-se uma reformulação dos fatos geradores do então salário-natalidade. Estabelecer-se-ia a filiação como fato gerador do benefício, limitando o gozo do benefício a uma pessoa genitora após os primeiros quinze dias compartilhados. Nesse caso, todavia, deve haver previsão específica para não restar a mãe gestacional desamparada, em adição à previsão protetiva atualmente concedida à mãe adotiva quando a mãe biológica já gozou do benefício.

Nesse processo incessante de reconstrução do direito a partir de novas demandas sociais, não pode o direito previdenciário ficar alheio. É preciso que o legislador esteja atento às mudanças na sociedade, conformando a legislação aos anseios sociais. Na sua omissão, não pode o Poder Judiciário restar inerte, sob pena de negar direitos constitucionalmente previstos justamente àqueles que estão em situação mais vulnerável. Assim, mostra-se necessário que se trate todas as pessoas que estão em igual situação de forma isonômica, estendendo-se a concessão do benefício a quem o preconceito havia negado.

REFERÊNCIAS

A Constituição e o Supremo :: STF - Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>>. Acesso em: 23 nov. 2018.

ADDATI, Laura; CASSIRER, Naomi; GILCHRIST, Katherine. **Maternity and paternity at work: Law and practice across the world.** Genebra: Organização Internacional do Trabalho, 2014. Disponível em: <http://www.ilo.org/global/publications/ilo-bookstore/order-online/books/WCMS_242615/lang--en/index.htm>. Acesso em: 19 nov. 2018.

ALENCAR, Hermes Arrais. **Cálculo de benefícios previdenciários: regime geral de previdencia social - teses revisionais - da teoria à prática.** 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ALMEIDA, Aline Mignon de. **Bioética e Biodireito.** Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2000.

Apresentação. Portal da Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/constituintes/constituintes>. Acesso em: 20 nov. 2018.

BALTHAZAR, Felipe. **DECISÃO INÉDITA: Casal homoafetivo consegue na justiça direito de registrar criança gerada por inseminação caseira.** Revista W3. Disponível em: <<https://www.revistaw3.com.br/noticias/2015/10/24/decisao-inedita-casal-homoafetivo-consegue-na-justica-direito-de-registrar-crianca-gerada-por-inseminacao-caseira-2.html>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

Bancada Feminina. Portal da Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/constituintes/copy_of_index.html>. Acesso em: 20 nov. 2018.

BRASIL, Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.** Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 11 out. 2018.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 out. 2018.

BRASIL. **Código Civil, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 24 nov. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 175/2013**. 14 de maio de 2013. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2504> Acesso em 25 nov. 2018.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 16 DE JULHO DE 1934**. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 18 nov. 2018.

BRASIL. **decreto n. 3.048, de 6 de maio de 1999**. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3048.htm>. Acesso em: 15 out. 2018.

BRASIL. **Decreto n. 58.820, de 14 de julho de 1966**. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D58820.htm>. Acesso em: 26 out. 2018.

BRASIL. **Decreto n. 6.122, de 13 de junho de 2007**. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6122.htm>. Acesso em: 15 out. 2018.

BRASIL. **Decreto n. 7.052, de 23 de dezembro de 2009**. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/Decreto/D7052.htm>. Acesso em: 15 out. 2018.

BRASIL. **DECRETO Nº 4.377, DE 13 DE SETEMBRO DE 2002**. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm>. Acesso em: 21 nov. 2018.

BRASIL. **Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943**. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 23 out. 2018.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943 - Publicação Original - Portal Câmara dos Deputados**. Planalto. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-5452-1-maio-1943-415500-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 11 out. 2018.

BRASIL. **INSTRUÇÃO NORMATIVA INSS/PRES Nº 77, DE 21 DE JANEIRO DE 2015**. Previdência. Disponível em: <<http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/38/inss-pres/2015/77.htm>>. Acesso em: 7 nov. 2018.

BRASIL. **Lei 9.434, de 04 de fevereiro de 1997**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm Acesso em: 25 nov. 2018.

BRASIL. **Lei n. 10.421, de 15 de abril de 2002**. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10421.htm>. Acesso em: 16 out. 2018.

BRASIL. **Lei n. 11.770, de 9 de setembro de 2008**. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11770.htm>. Acesso em: 15 out. 2018.

BRASIL. **Lei n. 12.010, de 03 de agosto de 2009.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm Acesso em: 25 nov. 2018.

BRASIL. **Lei n. 12.873, de 24 de outubro de 2013.** Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12873.htm. Acesso em: 16 out. 2018.

BRASIL. **Lei n. 13.509, de 22 de novembro de 2017.** Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13509.htm#art1. Acesso em: 26 out. 2018.

BRASIL. **Lei n. 3.268, de 30 de setembro de 1957.** Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3268.htm. Acesso em: 16 out. 2018.

BRASIL. **Lei n. 3.807, de 26 de agosto de 1960 - Publicação Original.** Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-3807-26-agosto-1960-354492-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 18 nov. 2018.

BRASIL. **Lei n. 6136, de 7 de novembro de 1974.** Planalto. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6136-7-novembro-1974-357013-normaatualizada-pl.html>. Acesso em: 15 out. 2018.

BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.** Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Acesso em: 16 out. 2018.

BRASIL. **Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991.** Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm. Acesso em: 15 out. 2018.

BRASIL. **Lei n. 8.861, de 25 de março de 1994.** Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8861.htm. Acesso em: 15 out. 2018.

BRASIL. **Lei n. 9.876, de 26 de novembro de 1999.** Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9876.htm. Acesso em: 15 out. 2018.

BRASIL. **RESOLUÇÃO CFM nº 1.358/1992.** CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358_1992.htm. Acesso em: 16 out. 2018.

BRASIL. **Taxa de fecundidade total – A.5.** SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. Disponível em: <http://tabnet.datasus.gov.br/tabdata/LivroIDB/2edrev/a05.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2018.

BRAZILIENSE, Correio. **Juíza permite registro de nascimento com o nome das duas mães no DF.** Correio Braziliense. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2017/06/06/interna_cidad esdf,600391/juiza-permite-registro-com-nome-de-duas-maes-no-df.shtml. Acesso em: 16 nov. 2018.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

CAMPOS, Carlos Alexandre De Azevedo. Da Inconstitucionalidade por Omissão ao “Estado de Coisas Inconstitucional”. Tese (Doutorado). p. 248, 2015. Disponível em: <http://www.academia.edu/15142674/Da_Inconstitucionalidade_por_Omiss%C3%A3o_ao_Estado_de_Coisas_Inconstitucional_.2015._Tese_de_Doutorado_em_Direito_P%C3%BAblico>. Acesso em: 1 dez. 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. Edição: 2. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

Casais de mulheres buscam na Justiça dupla licença-maternidade. Veja. 10/04/2018. Disponível em <<https://veja.abril.com.br/brasil/casais-de-mulheres-buscam-na-justica-dupla-licenca-maternidade/>>. Acesso em 17 nov. 2018.

Casal lésbico não consegue licença-maternidade conjunta. Gazeta do Povo. 11/11/2017. Disponível em <<https://www.gazetadopovo.com.br/justica/casal-lesbico-nao-consegue-licenca-maternidade-conjunta-9kuqpxy8aglggbs5hye4cm2xu/>>. Acesso em 17 nov. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento Nº 63 de 14 de novembro de 2017**. CNJ. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

DAVIS, Angela. **Mulheres, cultura e política**. São Paulo: Boitempo, 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Adulterio, bigamia e união estável: realidade e responsabilidade**. Mariaberenicedias. Publicado em 30 ago. 2010. Disponível em <[http://www.mariaberenicedias.com.br/manager/arq/\(cod2_790\)4_adulterio_bigamia_e_uniao_estavel_realidade_e_responsabilidade.pdf](http://www.mariaberenicedias.com.br/manager/arq/(cod2_790)4_adulterio_bigamia_e_uniao_estavel_realidade_e_responsabilidade.pdf)>. Acesso em 19 nov. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Amores Plurais**. Mariaberenicedias. Publicado em 29 ago. 2017. Disponível em <[http://www.mariaberenicedias.com.br/manager/arq/\(cod2_13072\)Amores_plurais.pdf](http://www.mariaberenicedias.com.br/manager/arq/(cod2_13072)Amores_plurais.pdf)>. Acesso em 19 nov. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **HOMOAFETIVIDADE E OS DIREITOS LGBT**. 6. ed. reformulada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Disponível em: <<https://www.travessa.com.br/homoafetividade-e-os-direitos-lgbti/artigo/ab955af0-fc86-4c9c-81e7-d615866456fe>>. Acesso em: 23 nov. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os Direitos LGBTI**. 6ª ed. Reformulada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4ª ed. Ebook baseada na 11ª ed. Impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FAUSTO-STERLING, Anne. **Sexing the body: gender politics and the construction of sexuality**. New York: Basic Books, 2000.

Fertility rate, total (births per woman) | Data. Banco Mundial. Disponível em: <<https://data.worldbank.org/indicator/SP.DYN.TFRT.IN?contextual=max&locations=B>>. Acesso em: 21 nov. 2018.

FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **IBGE | Brasil em síntese | população | taxas de fecundidade total.** IBGE. Disponível em: <<https://brasilemsintese.ibge.gov.br/populacao/taxas-de-fecundidade-total.html>>. Acesso em: 21 nov. 2018.

G1. Casal homoafetivo registra criança com duas mães diretamente no cartório, no Pará. G1. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pa/para/noticia/casal-homoafetivo-do-para-consegue-na-justica-o-direito-de-registrar-crianca-com-duas-maes.ghtml>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito da Seguridade Social.** 3ª ed., rev.atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho.** 11ª ed., rev.atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988.** 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015. Disponível em: <<https://www.travessa.com.br/ordem-economica-na-constituicao-de-1988/artigo/c8804bec-65c0-4203-84de-36210ac7fcb4>>. Acesso em: 1 dez. 2018.

HYLTON, Sara; GETTLEMAN, Jeffrey; LYONS, Eve. The Peculiar Position of India's Third Gender. **The New York Times.** 2018. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2018/02/17/style/india-third-gender-hijras-transgender.html>>. Acesso em: 8 nov. 2018.

INSS. **Acumulação de benefícios.** INSS. Disponível em: <<https://www.inss.gov.br/orientacoes/acumulacao-de-beneficios/>>. Acesso em: 19 nov. 2018.

INSS. **INSTRUÇÃO NORMATIVA INSS/PRES Nº 45, DE 6 DE AGOSTO DE 2010 - DOU DE 11/08/2010 - Alterada.** Previdência. Disponível em: <http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/38/inss-pres/2010/45_1.htm>. Acesso em: 19 nov. 2018.

Juíza determina registro de nascimento com duas mães e sem indicação do doador de sêmen. Jornal Jurid. Disponível em: <<https://www.jornaljurid.com.br/noticias/juiza-determina-registro-de-nascimento-com-duas-maes-e-sem-indicacao-do-doador-de-semen>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

Justiça autoriza pais biológicos a registrar bebê gerado pela avó. Disponível em <<http://www.arpensp.org.br/?pg=x19leqlizv9ub3rpy2lhcw==&in=mte0oq==>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

LAZZARI, João Batista; CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. **Manual de Direito Previdenciário.** 21. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

LEITÃO, André Studart. **Manual de Direito Previdenciário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

Lesbicas conseguem registrar filho com duas mães. Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-04/casal-lesbicas-direito-registrar-filho-duas-maes>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

Licença-maternidade de seis meses tem baixa adesão de empresas - 15/02/2016 - Mercado. Folha de S.Paulo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/02/1739576-licenca-maternidade-de-seis-meses-tem-baixa-adesao-de-empresas.shtml>>. Acesso em: 8 maio 2018.

Licença-paternidade de 20 dias só é oferecida em 12% das empresas. O Globo. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/emprego/licenca-paternidade-de-20-dias-so-oferecida-em-12-das-empresas-21696902>>. Acesso em: 9 maio 2018.

LINS, Regina Navarro. **O Livro do Amor – volume 1**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Bestseller, 2013.

LINS, Regina Navarro. **O Livro do Amor – volume 2**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Bestseller, 2013.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. São Paulo: Atlas, 2010.

MANIFESTAÇÃO DA ARPEN BRASIL SOBRE O PROVIMENTO Nº 63/2017 DO CNJ. Associação de Direito de Família e das Sucessões. Disponível em: <<http://adfas.org.br/2017/12/11/manifestacao-da-arpem-brasil-sobre-o-provimento-no-63-2017-do-cnj/>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

MEDEIROS, Ângelo. **Casal homoafetivo registra em seu nome filho gerado de inseminação artificial caseira - Visualizar - Sala de Imprensa**. TJ-SC. Disponível em: <<https://portal.tjsc.jus.br/web/sala-de-imprensa/-/casal-homoafetivo-registra-em-seu-nome-filho-gerado-de-inseminacao-artificial-caseira>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

MEIRELES, Débora Chaves; FREGUGLIA, Ricardo da Silva; CORSEUIL, Carlos Henrique Leite. **PROGRAMA EMPRESA CIDADÃ: OS IMPACTOS DO AUMENTO DA LICENÇA-MATERNIDADE SOBRE OS TRABALHADORES**. In: ENCONTRO NACIONAL DE ECONOMIA, 45., 2017. Rio Grande do Norte. *Anais eletrônicos...* Recife: ANPEC, 2017. Disponível em: <https://www.anpec.org.br/encontro/2017/submissao/files_l/i12-fbcbde83b492e491ea58cd18fa34b370.docx>. Acesso em: 8 maio 2018.

MOSCHETA, Sílvia Ozelame Rigo. **Homoparentalidade: direito à adoção e reprodução humana assistida por casais homoafetivos**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2011.

NANDI, Arijit; JAHAGIRDAR, Deepa; DIMITRIS, Michelle C.; *et al.* The Impact of Parental and Medical Leave Policies on Socioeconomic and Health Outcomes in OECD Countries: A Systematic Review of the Empirical Literature. **The Milbank Quarterly**. v. 96, n. 3, p. 434–471, 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - DIVISÃO DE ESTATÍSTICA. **The World's Women 2015**. UN. Disponível em: <<https://unstats.un.org/unsd/gender/chapter5/chapter5.html>>. Acesso em: 23 nov. 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **C156 - Sobre a Igualdade de Oportunidades e de Tratamento para Homens e Mulheres Trabalhadores: Trabalhadores com Encargos de Família**. OIT. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_242709/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 16 nov. 2018.

Os brasileiros que doam sêmen para inseminações caseiras. BBC. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-42145205>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

RIBEIRO, Juliana De Oliveira Xavier. **Os Efeitos Jurídicos Do Salário-Maternidade na Barriga De Aluguel**. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/os-efeitos-jur%c3%addicos-do-sal%c3%a1rio-maternidade-na-barriga-de-aluguel>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

ROCHA, Daniel Machado da. **Comentários à lei de Benefícios da Previdência Social: lei nº 8.213, de 24 de Julho de 1991**. 16. ed., rev. atual., e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

ROSER, Max. **Fertility Rate**. Our World in Data. Disponível em: <<https://ourworldindata.org/fertility-rate>>. Acesso em: 21 nov. 2018.

SCOTT, Joan. **Gênero: uma categoria útil para análise histórica**. Tradução de Guacira Lopes Louro. Revista Educação & Realidade, jul.-dez. 1995.

SILVA, Simone Schuck da. **Fora da norma: racionalidade jurídica em disputa nas demandas por nome e gênero**. 2018. 147 f. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2018.

SILVEIRA, Daniela Gonsalves da. O STF e a omissão legislativa inconstitucional: instrumentos e técnicas para a tutela efetiva dos direitos fundamentais. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz (Ed.). **Processo Civil Entre a Técnica Processual e a Tutela dos Direitos**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Anotações ao provimento 63 do Conselho Nacional de Justiça – Parte II**. Migalhas. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI280973,11049-Anotacoes+ao+provimento+63+do+Conselho+Nacional+de+Justica+Parte+II>>. Acesso em: 1 dez. 2018.

VILLELA, João Baptista. **Desbiologização da paternidade**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, separata, Belo Horizonte, n. 21, maio 1979.

WORLD ECONOMIC FORUM. **The global gender gap report: 2017**. Geneva: World Economic Forum, 2017.