

A influência das recentes decisões judiciais na concessão da licença-maternidade aos casais homoafetivos.

La influencia de las recientes decisiones judiciales relativas a la concesión de la licencia de maternidad a las parejas homosexuales.

Autores: Paulo Roberto de Souza Júnior e Wallace Sangi Tomaz

RESUMO

Trata-se do estudo do benefício previdenciário intitulado licença-maternidade e seus critérios concessórios analisados objetivamente sob o prisma da união homoafetiva enquanto elemento constitutivo do conceito de família contemporânea. O trabalho apresenta de modo sucinto, um histórico da evolução do direito previdenciário no Brasil e no mundo, situando-o no contexto da dignidade da pessoa humana, da liberdade, do respeito e da segurança jurídica. A análise do cenário da família brasileira contemporânea mostrou-se importante ferramenta para o entendimento materializado pelas recentes decisões judiciais, tais como a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 e a Arguição de Descumprimento Preceito Fundamental 132, que são trazidas ao ordenamento jurídico como resposta aos clamores populares de concretude da isonomia entre homens e mulheres como preceito fundamental. A licença-maternidade foi abordada de maneira conceitual e criteriosa, tal como elemento essencial na problematização. No capítulo final tratou-se de analisar a inovação trazida pela resolução 175 do Conselho Nacional de Justiça, concebida pela inércia do poder legislativo diante de decisões previamente sujeitas ao controle de constitucionalidade. Tal resolução tornou obrigatório aos cartórios o registro da união civil entre pessoas do mesmo sexo. Concluímos com a apresentação do cenário notarial trazido pela realidade da supracitada resolução e as críticas trazidas à tona com o advento deste dispositivo normativo.

Palavras-chave: licença-maternidade; homoafetiva; família; união estável.

RESUMEN

Este es el estudio de las prestaciones de seguridad social que tengan derecho la licencia de maternidad y sus criterios favorables analizados objetivamente a través del prisma de la unión homoafetiva como elemento constitutivo del concepto de familia contemporánea. En el documento se presenta de manera concisa, una historia de la evolución del derecho de la seguridad social en Brasil y en el mundo, colocándolo en el contexto de la dignidad humana, la libertad, el respeto y la seguridad jurídica. Un análisis de escenarios de la familia brasileña contemporánea era una herramienta importante para la comprensión encarnada por decisiones judiciales recientes, tales como la acción directa de inconstitucionalidad 4277 y la acusación de incumplimiento Precepto Fundamental 132, que se reunió con el sistema legal como una respuesta al clamor popular de concreción de la igualdad entre hombres y mujeres como un precepto fundamental. La licencia de maternidad se abordó de manera conceptual y crítica, como un elemento esencial en el interrogatorio. En el capítulo final se trató de analizar la innovación que aporta la Resolución 175 del Consejo Nacional de Justicia, diseñado por la inercia de la legislatura antes de las decisiones previamente sujetos a control constitucional. Esta resolución es de obligado cumplimiento en el registro notarial de la unión civil entre personas del mismo sexo. Se concluye con la presentación del escenario notarial presentado por la realidad de la resolución antes mencionada y la crítica puesto en primer plano con la llegada de este dispositivo normativo.

Palabras clave: licencia de maternidad; homo-afectiva; familiar; relación estable.

INTRODUÇÃO

A abordagem do “tema”, não é tarefa simples, pois entraremos no mundo subjetivo das famílias, em valores e conceitos pré-determinados, ortodoxos, culturas preconceituosas, conservadoras e tradicionais.

A ideia deste estudo vem da preocupação em torno da maneira como as famílias homoafetivas lidam no seu dia-a-dia com a crescente dificuldade apresentada pela sociedade, buscando ou não, a felicidade na sua escolha da composição familiar e na vivência de seus lares.

Primeiramente, apresentou-se um breve histórico da evolução do direito previdenciário no Brasil e no mundo, situando-o no contexto de direitos humanos e da dignidade humana.

Posteriormente, foram realizadas considerações à evolução do conceito de família desde os seus primórdios até a visão contemporânea trazida pelas recentes decisões no ordenamento jurídico pátrio.

Em seguida, o benefício previdenciário intitulado licença-maternidade e seus critérios concessórios ganharam destaque.

Por último, tratamos de analisar as mudanças que afetam a licença-maternidade com o advento da Resolução 175/13 do CNJ e sua aplicabilidade no cenário notarial público.

1 – A FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA NO CONTEXTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277/DF E DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 132/RJ.

Neste artigo tentaremos construir um novo conceito de família, onde as pessoas vivem relacionamentos de “modo diferente”, mas pautado na felicidade, no respeito, e em especial, a formação da família homoafetiva.

As mudanças que vem ocorrendo na formação da família contemporânea tem conquistado espaço no conceito de entidade familiar, que, atualmente, não é mais entendida somente como a união entre o homem e a mulher pelo casamento com o objetivo de procriação, mas como verdadeiras uniões de afeto entre indivíduos que se unem para constituir uma relação de apoio mútuo. (Gabriela Maranhão)

De acordo com Maria Berenice Dias (2009, p. 42) é “difícil encontrar uma definição de família de forma a dimensionar o que, no contexto social nos dias de hoje, se insere nesse conceito”. A autora afirma ainda que “atualmente, cada vez mais a idéia de família afasta-se da estrutura do casamento originário: casamento, sexo e procriação”.

1.1 - A INOVAÇÃO TRAZIDA PELA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.277/DF E PELA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 132/RJ

No dia 4 de maio de 2011, o plenário do STF iniciou o julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 4.277, proposta pela Procuradoria Geral da República – PGR, juntamente com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF Nº 132, proposta pelo governo do Rio de Janeiro, em razão de as duas ações abordar o mesmo tema central, qual seja, o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Esse julgamento foi um marco para as uniões homoafetivas, onde, a decisão do Supremo Tribunal Federal denotou o reconhecimento constitucional das relações entre pessoas do mesmo sexo pela Corte máxima existente no Brasil, de modo unânime.

Tais decisões têm servido de base para os entendimentos de outros tribunais superiores, tal como o Tribunal Superior do Trabalho que deliberou que os benefícios consignados em acordo coletivo dos filiados do sindicato dos aeroviários de Porto Alegre poderiam ser percebidos também por casais homoafetivos.

Vale mencionar que: de início, o Ministro Relator Ayres de Brito, afirmou que o pedido das ações merecia o amparo jurídico da Corte Suprema e, em seu voto, valeu-se do termo homoafetividade para se referir às relações existentes entre pessoas de mesmo sexo, esclarecendo que o tema busca.

(...) dar conta, ora do enlace por amor, por afeto, por intenso carinho entre pessoas do mesmo sexo, ora da união erótica ou por atração física entre esses mesmos pares de seres humanos. Aclare-se união com perdurabilidade o bastante para a constituição de um novo núcleo doméstico tão socialmente ostensivo na sua existência quanto vocacionado para a expansão de suas fronteiras temporais. Logo, vínculo de caráter privado, mas sem o viés do propósito empresarial, econômico, ou por qualquer forma, patrimonial, pois não se trata de uma mera sociedade de fato ou interesseira parceria mercantil. Trata-se, isto sim, de uma união essencialmente afetiva ou amorosa, a implicar um voluntário navegar emparceirado por um rio sem

margens fixas e sem outra embocadura que não seja a conflitante entrega de um coração aberto a outro. (Ayres de Britto).

Quanto à expressão entidade familiar, o Ministro Ayres de Britto: afirma que:

A terminologia entidade familiar não significa algo diferente de família, pois não há hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo núcleo doméstico. Estou a dizer: a expressão entidade familiar não foi usada para designar um tipo inferior de unidade doméstica, porque apenas a meio caminho da família que se forma casamento civil. Não foi e não é isso, pois inexistente essa figura da subfamília, família de segunda classe ou família mais ou menos.

Diante de todos esses conceitos acima, podemos consolidá-los, e complementar que família é a união de seres, onde se pratica o exercício do amor em toda sua plenitude, com amizade, apego, benevolência, fraternidade, simpatia, ternura, onde a dignidade da pessoa humana se equipara ao respeito mútuo, e o desejo maior da união. Não sendo outro o entendimento do TJ/RS:

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE. É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre duas mulheres de forma pública e ininterrupta pelo período de 16 anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetua através dos séculos, não mais podendo o Judiciário se olvidar de emprestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de sexos. É o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações homoafetivas constitui afronta aos direitos humanos por ser forma de privação do direito à vida, violando os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Negado provimento ao apelo”. (TJ, Estado do Rio Grande do Sul, AC 70012836755, Dês. Luiz Felipe Brasil Santos (revisor), Des. Ricardo Raupp Ruschel, Des. Maria Berenice Dias, 2005).

Confirmado também quando se trata da união estável homoafetiva masculina:

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE. É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre dois homens de forma pública e ininterrupta pelo período de nove anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetuou através dos séculos, não podendo o judiciário se olvidar de prestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de gêneros. E, antes disso, é o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações mantidas entre pessoas do mesmo sexo constitui forma de privação do direito à vida, bem como viola os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. (Apelação Cível No 70009550070, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, relatora: Des. Maria Berenice Dias, julgado em 17/11/2004).

Independentemente do fator sexo, as pessoas possuem uma preocupação maior com o amor, que influencia na criação de filhos diante da condição de progenitor ou não. Amar está além da condição de gerar um filho, uma vez que busca o exercício desse apego em frutos colhidos no âmbito social (abrigos, orfanatos etc). Frutos, que poderiam não ter o sentimento familiar, se não fossem acolhidos por casais que praticam o exercício maior do amor pelo meio da maternidade e da paternidade reconhecida.

2 - A SEGURIDADE SOCIAL

A seguridade Social tem entre os seus objetivos dar proteção e tranquilidade aos indivíduos e seus familiares, constituída pelo Estado e por particulares com finalidade de estabelecer ações para o sustento de pessoas carentes, trabalhadores em geral e seus dependentes, para que a sociedade possa ter um padrão mínimo de vida digna, tem por objetivo suprir as necessidades básicas da sociedade, inclusive daqueles que não contribuíram.

2.1 – PREVIDENCIA SOCIAL, ASSISTÊNCIA SOCIAL E A SAÚDE

A seguridade social se desdobra em previdência social, assistência social e saúde. Ressalta-se que, embora citando os demais desdobramentos, a previdência social apresenta maior relevância para o estudo em questão.

Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira materializa tais objetivos conceituando a previdência da seguinte forma:

Conjunto de medidas adotadas pelo Estado, por meio de organizações próprias ou subvencionadas, destinadas a prover as necessidades vitais da população do país, nos eventos básicos previsíveis e em outras eventualidades, variáveis segundo as condições nacionais, que podem verificar-se na vida de cada um, por meio de um sistema integrado de seguro social e de prestação de serviços, de cuja administração e custeio participam, direta ou indiretamente, os próprios segurados ou a população mesma, as empresas e o Estado. (OLIVEIRA, 1978, p. 71).

É Competência da Assistência Social à proteção dos Hipossuficientes para que eles possam viver com dignidade humana.

Temos por exemplo a Lei Orgânica de Assistência Social/BPC (Benefício de Prestação Continuada), que garante ao cidadão um salário mínimo àqueles que não têm renda, não podendo ser mantido por sua família, seja idoso, ou deficiente físico.

A assistência à saúde prevista na Constituição Federal da República Federativa do Brasil (de 1988) em seus artigos 196 a 200 integram a seguridade social e sua importância pode ser vista na transcrição do artigo 196:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

A previdência social é o componente da seguridade social que demandará maior atenção na presente pesquisa em decorrência da natureza do benefício em análise ser previdenciário.

2.2 – HISTÓRICO DA PREVIDENCIA SOCIAL NO BRASIL E NO MUNDO

A preocupação com os infortúnios da vida tem sido uma constante da humanidade, segundo Fábio Zambitte Ibrahim (2012, p.1). Para ele, desde os tempos remotos, o homem tem se adaptado, no sentido de reduzir os efeitos das adversidades da vida, como fome, doença, velhice etc.

Esta proteção social nasceu na família, pois o Estado passou a realizar ações mais concretas somente no Séc. XVII, com a edição da Lei dos Pobres. Até então, segundo o referido mestre, havia apenas mera caridade.

No Império Romano encontram-se indícios de seguros coletivos com preocupação com os necessitados.

O Estado passa a possuir uma responsabilidade pela assistência dos desprovidos de renda e, por fim, cria um sistema estatal securitário, coletivo e compulsório, conforme narrado por Fabio Z. Ibrahim (2012, p.2).

Com passar do tempo, o Estado começa a preocupar-se com as ações no campo da saúde e o atendimento a pessoas carentes. Nasce a seguridade social, como proteção social.

Fabio Z. Ibrahim (2012, p.45) salienta que o histórico da previdência social é assunto de muita relevância, pois nos permite o entendimento de diversos institutos securitários existentes atualmente. A evolução mostra-nos com clareza a participação cada vez maior do Estado, proporcionando uma proteção mais eficaz da sociedade.

Com o passar do tempo à previdência social foi evoluindo com finalidade de garantia dos direitos elencados, nascendo o direito público subjetivo do segurado.

Ressalta-se que, foi a Constituição Mexicana de 1917, a primeira a mencionar o seguro social, seguida da Constituição de Weimar, em 1919, a qual trouxe dispositivos relativos à previdência.

A previdência social originou-se de duas lutas por melhores condições de trabalho cujos nascimentos resultaram em diferentes sistemas protetivos, de acordo com os países envolvidos. Uns limitavam-se a proteção do necessário à sobrevivência; e, outros, buscavam programar uma substituição relacionada à remuneração (modelo bismarkiano, onde a proteção não é universal, geralmente limitada a trabalhadores; e, o modelo beveridgiano, visa à universalidade de atendimento, ou seja, a tudo e a todos).

O Brasil, através da Constituição Federal de 1988, previu tal proteção social, ou seja, um Estado do Bem-Estar Social, elencando direitos fundamentais de 2ª geração, de natureza coletiva. Assim, independente de contribuição, qualquer pessoa tem o direito ao atendimento na rede pública de saúde (art. 196 da CRFB/88), através do SUS – Sistema Único de Saúde, regulado pelo CNS – Conselho Nacional de Saúde, órgão colegiado de caráter permanente e deliberativo e com a participação da sociedade. A assistência social é prestada a quem dela necessitar (art. 203 da CFRB/88), independente de contribuição direta do beneficiário tendo como requisito a necessidade do assistido. Seguindo o mesmo princípio a previdência social é definida como um seguro *sui generis*, de filiação obrigatória para os regimes básicos (RGPS – Regime Geral de Previdência Social e RPPS – Regimes Próprios de Previdência de Servidores Públicos), além de coletivo, contributivo e de organização estatal, amparando seus beneficiários contra os riscos sociais.

Mister ressaltar que a Constituição Federal relacionou apenas os componentes da seguridade, não a conceituando, embora seja muito comum a norma constitucional ser encarada como definição da seguridade social no Brasil.

Wagner Balera (2004, p. 15 a 39), salienta que a seguridade social é então meio para atingir-se a justiça, que é fim da ordem social.

O referido mestre relaciona que o bem-estar social, materializado pela legislação social, traz a ideia de cooperação, ação concreta do ideal de solidariedade, superando-se o individualismo clássico do estado liberal.

De acordo com o art. 3º da Constituição Federal de 1988 o bem-estar pode ser também definido com a erradicação da pobreza e desigualdades, mediante a cooperação entre os indivíduos; e, a justiça social como objetivo do desenvolvimento nacional, relacionando atuações tanto do Estado como sociedade.

A seguridade social abrange, segundo os ditames constitucionais, princípios gerais e específicos, entre os quais destacam-se os seguintes princípios: solidariedade; universalidade de cobertura e atendimento; uniformidade e equivalência de prestações entre as populações urbana e rural; seletividade e distributividade na prestação de benefícios e serviços; irredutibilidade do valor dos benefícios; equidade na forma de participação no custeio; diversidade da base de financiamento; caráter democrático e descentralizado da administração; e, preexistência do custeio em relação ao benefício ou serviço.

2.3 – A LICENÇA-MATERNIDADE

A licença-maternidade, prevista antes da constituição de 1988 pela Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), pode ser entendida como um afastamento devido ao segurado da previdência social nos casos de gestação sem prejuízo do emprego ou salário nos moldes da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 (art. 7º, VIII), *in verbis*:

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

VIII – licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de 120 dias.

Tal proteção previdenciária à maternidade, especialmente à gestante também pode ser encontrada no art. 201, inciso II da mesma carta, que fez surgir como muito bem sintetiza Marisa F. dos Santos (2012, p. 132):

“O Regime Geral da Previdência Social (RGPS) regulado pela Lei n. 8212 (Plano de Custeio da Seguridade Social – PCCS) e pela Lei n. 8213 (Plano de Benefícios da Previdência Social – PBPS), ambas de 24.07.1991, regulamentadas pelo Decreto n. 3.048, de 06.05.1999 (Regulamento da Previdência Social – RPS)”.

O PBPS em seu art. 71 previa como fator gerador o parto (Instrução Normativa nº 57/DC/INSS – subseção VII – do salário-maternidade – art. 233, § 1º e 2º - revogada), entretanto entendimentos posteriores ensejaram a sanção da Lei n. 10.421/2002 que acrescentou o art. 71-A e estendeu o benefício à segurada adotante (Instrução Normativa nº 84/DC/INSS, de 17.12.2002 – subseção VII – do salário-maternidade: art. 234, § 3º complementada pela Instrução Normativa nº 95/DC/INSS, de 07.10.2003 – subseção VII – do salário-maternidade – inclusão dos § 4º ao 9º). Entendendo-se posteriormente

Vejamos o artigo original e os acréscimos:

Art. 71. O salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante 120 (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade.

Art. 71-A. À segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança é devido salário-maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias, se a criança tiver até 1(um) ano de idade, de 60 (sessenta) dias, se a criança tiver entre 1 (um) e 4 (quatro) anos de idade, e de 30 (trinta) dias, se a criança tiver de 4 (quatro) a 8 (oito) anos de idade.”

Cabe observar que a Lei 12.010/2009 revogou os §§ 1º a 3º do art. 392-A da Consolidação das Leis do Trabalho igualando a mãe natural à adotante para o recebimento ao benefício previdenciário, independentemente da idade da criança adotada.

Omar Chamon (2012) destaca que a segurada empregada recebe o benefício da empresa e ressalta: “que as seguradas especiais, individuais, adotantes, avulsas e domésticas, permanecem recebendo diretamente do INSS.”. Uma exceção nos casos de segurada empregada ocorre quando se trata de Microempreendedor Individual (MEI) no qual o benefício será pago pelo Instituto Nacional de Seguridade Social, ao invés de ser ressarcido posteriormente conforme explica Fábio Z. Ibrahim (2012).

Recentes decisões judiciais pressupõem que o benefício deverá ser estendido a outros grupos de segurados, tais como os homossexuais masculinos em união estável, casamento e união homoafetiva, uma que a Instrução Normativa 57/Diretoria Colegiada/Instituto Nacional de Seguridade Social já havia estendido tal benefício à segurada adotante, conforme abordaremos no capítulo seguinte.

3 – A RESOLUÇÃO 175/13 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

A resolução 175/13 do Conselho Nacional de Justiça dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, e ainda, sobre a conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo. Este texto normativo foi concebido com base em julgados como o Recurso Especial 1.183.378/RS que decidiu inexistir qualquer tipo de impedimento a celebração do casamento entre pessoas do mesmo sexo. A resolução supra-citada também teve sua concepção fortemente influenciada por julgados já apresentados neste artigo. São eles a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ, que fizeram com que o presidente do Conselho Nacional de Justiça em exercício, o Ministro Joaquim Barbosa, juntamente com os demais membros do conselho, no uso de suas atribuições, redigissem e aprovassem o texto constante no artigo 1º(primeiro): “É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo.”

O descumprimento, ou seja, a recusa ensejará a comunicação ao respectivo juiz corregedor para providências cabíveis conforme prevê o artigo 2º(segundo), *in fine*: “A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao juiz corregedor para as providências cabíveis.”

3.1 – A REALIDADE NOTARIAL TRAZIDA PELA RESOLUÇÃO 175/13/CNJ

A Associação de Notários e Registradores do Brasil (ANOREG-BR) enviou no dia 16/05/2013, orientações quanto aos procedimentos homologatórios sem a necessidade de passar pelo Judiciário. Segundo levantamento feito pela associação, no primeiro mês da entrada em vigor da resolução 175 do Conselho Nacional de Justiça, foi realizado 231 casamentos homossexuais em 22 capitais pesquisadas, um número considerado expressivo pela associação.

O assunto, entretanto, ainda não é assente no judiciário, refletindo nos procedimentos operacionais dos cartórios em todo o país, com casos isolados de descumprimento da resolução 175/13 do Conselho Nacional de Justiça, como por exemplo, de um juiz no Rio de Janeiro, da primeira vara de registro público da capital, mantendo o procedimento anteriormente em vigor, quando os processos deveriam ser julgados por ele. A recusa afetou vários bairros na capital e na zona sul, fato ocorrido na primeira semana da entrada em vigor da resolução. A recusa da homologação também ocorreu na baixada fluminense. Poderíamos

citar ainda o caso de um magistrado de Goiás que estava desconsiderando a decisão do Conselho Nacional de Justiça, vindo tal decisão arbitrária a ser cassada no dia 17/06/2013, conforme noticiado em jornais de grande circulação.

3.2 – CRÍTICAS À RESOLUÇÃO 175/13 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Os novos modelos de núcleos familiares deslocaram também os critérios de concessão de benefícios previdenciários, tal como os da licença-maternidade. A resolução do Conselho Nacional de Justiça questionada por muitos no que tange a competência do conselho, como é o caso do presidente em exercício da Conferência Nacional de Bispos do Brasil (CNBB). A resolução traz em sua parte inicial uma consideração que faz referência ao artigo 103-B da CF/88 para justificar a atribuição que contemplaria a edição de tal resolução, entretanto, uma análise no artigo revela que o mesmo é extenso e que deveriam ter sido citados também parágrafos e incisos. A resolução cita “...atribuições constitucionais e regimentais...”, o que soa um tanto vago. O parágrafo 4º(quarto) do artigo 103-B prevê atuação administrativa e o inciso I permite-nos vislumbrar a possibilidade de atos regulamentares, uma possibilidade de orientar normativamente o trabalho notarial.

A resolução é vista por outros como uma maneira de adiar uma decisão maior com relação aos conceitos de família e casamento no preceito fundamental, ainda está em sua fase “pueril”, mas com certeza já garante aos casais em união estável homoafetiva a sua conversão em casamento e, conseqüentemente o recebimento dos mesmos benefícios, inclusive a licença maternidade ou paternidade, dependendo agora de critérios operacionais e administrativos para a sua efetiva concessão.

Em meio a toda polêmica trazida após recentes decisões judiciais que apoiam o reconhecimento das uniões homoafetivas, e se preocupam com o impacto no orçamento previdenciário, não obstante a legitimidade reconhecida é necessária tais decisões no contexto da família contemporânea. A resolução pressupõe a extensão do benefício da licença-maternidade sem prévio estudo do impacto da mesma e a apresentação da prévia fonte de custeio, contrariando o preceito fundamental previsto no art. 195, § 5º da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988: “Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.”

Pelo texto da norma mais alta no ordenamento jurídico brasileiro é de se imaginar que a extensão deveria ser rejeitada por contrariar a constituição, sendo esta a maior crítica na mudança dos critérios concessórios previdenciários, entretanto não será a primeira vez que a influência deste benefício afronta a constituição, uma vez que não houve também a previsão do custeio quando ampliação do referido benefício para os casos de adoção.

Outra crítica diz respeito ao fato da previdência não contemplar a concessão de licença-maternidade nos casos de adoção por segurado no caso de família monoparental sem nenhuma justificativa para tal exclusão, uma vez que este teria maior necessidade de dar atenção ao adotado em seus mais período mais frágil do início da relação. Muitas perguntas ainda não encontraram resposta com a simples edição de uma resolução que autoriza o casamento, mas não define mecanismos para que se possa pleitear direitos como a licença-maternidade. Pagaria a sociedade o preço de ter dois homens ou duas mulheres simultaneamente gozando da licença-maternidade e, assim, enfraquecendo a população economicamente ativa? Se sequer houve respeito a exigência de custeio para um beneficiário o que dizer de dois beneficiários? Haveriam mecanismos para definir que um dos indivíduos da relação homoafetiva gozasse de licença-maternidade e ou outro de licença-paternidade?

Infelizmente o presente estudo não é capaz de responder a estes questionamentos, pois, o que temos no momento são apenas os questionamentos.

Muitas perguntas ainda restarão a ser respondidas e, muitas lides ainda se desenvolverão no campo do direito processual, com muito tempo e recursos sendo gastos na busca de direitos que aparentemente estão solidificados, mas que na realidade representam um discreto progresso na busca da isonomia entre os seres humanos.

CONCLUSÃO

Este estudo nos possibilitou perceber a diversidade de pensamentos e comportamentos que se formaram e se reformaram conforme as famílias ganham novos contornos e novos núcleos surgem, o que influenciou o instituto previdenciário representado pela licença-maternidade, que por sua vez foi também influenciado pela Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132. Decisões congruentes fizeram o alto escalão do poder judiciário repensar valores e conceitos tradicionais na concessão de benefícios como a licença-maternidade, após a aceitação de que

a Constituição apenas trazia um texto exemplificativo e pouco abrangente, levaram o presidente da Suprema Corte brasileira e também do Conselho Nacional de Justiça a emitir a resolução nº. 175.

A resolução foi um marco na luta das famílias homoafetivas, para terem seus direitos reconhecidos, entretanto os fatos mostram que ainda há muito que se conquistar na luta pela igualdade prevista no artigo 5º(quinto) da nossa Carta Magna, revelando também algumas fragilidades na aplicabilidade da mesma ao confrontar o princípio da preexistência da fonte total de custeio da extensão de tal benefício, majorando e afrontando preceito fundamental, sem levar em consideração o impacto da mesma no orçamento da seguridade social, além de muitas outras distorções que ainda precisam e, quiçá, serão corrigidas de agora em diante, tal como a concessão do benefício na família monoparental de segurado da previdência.

Referências bibliográficas

BALERA, Wagner. **Noções Preliminares de Direito Previdenciário**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

DIAS, Maria Berenice et al. **Manual de Direito das Família**. 5. Ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2009, 608p.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Resumo de direito previdenciário**. 12. Ed. – Rio de Janeiro: Impetus, 2012, 435p.

NEVES, Gustavo Bregalda. **Manual de direito previdenciário: direito da seguridade social**. São Paulo: Saraiva, 2012, 442p.

OLIVEIRA, Moacyr Velloso Cardoso. **Previdência Social do Advogado**. . Rio de Janeiro: CAARJ, 1978.

SANTOS, Marisa Ferreira dos (coord.). **Direito previdenciário esquematizado**. 2. Ed. Ver. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2012, 690p.

http://www.mariaberenice.com.br/uploads/4_

[entre o ventre e o cora%E7%E3o.pdf](#) consulta em 04/09/2013.

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=239796> consulta em 04/09/2013.

<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/25451:apos-edicao-de-resolucao-casais-homoafetivos-tem-acesso-a-direitos-civis#ad-image-0> consulta em 04/09/2013.

http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2011/default_xls.shtm consulta em 04/09/2013.

http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/41/docs/relacoes_homoafetivas_unioes_de_afeto.pdf consulta em 04/09/2013.

<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/38457179/djpe-05-07-2012-pg-740> consulta em 04/09/2013.

<http://www.viajus.com.br/viajus.php/pagina=artigo&id=3214&idAreaASel=5&seeArt=yes> consulta em 04/09/2013.

<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24120634/recurso-extraordinario-re-634903-sp-stf> consulta em 05/09/2013.

<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,sp-e-a-capital-com-maior-numero-de-casamentos-gays,1047177,0.htm> consulta em 05/09/2013.

<http://consultor-juridico.jusbrasil.com.br/noticias/100548779/ativismo-judicial-da-o-tom-da-sabatina-de-barroso> consulta em 05/09/2013.

<http://www.paulopes.com.br/2011/06/juiz-de-goias-anula-uniao-gay-e-proibe.html> consulta em 05/09/2013.

<http://oglobo.globo.com/pais/cnbb-critica-decisao-do-cnj-sobre-casamento-gay-8410840> consulta em 05/09/2013.

http://www.tst.jus.br/home/-/asset_publisher/nD3Q/content/tst-defere-clausula-coletiva-que-estende-beneficios-a-unioes-homoafetivas?redirect=http%3A%2F%2Fwww.tst.jus.br%2Fhome%3Fp_id%3D101_INST

ANCE nD3Q%26p p lifecycle%3D0%26p p state%3Dnormal%26p p mode%3Dview%26p p col_id%3Dcolumn-3%26p p col_count%3D5 consulta em 26/09/2013.

http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6147 consulta em 11/10/2013.