

LIMITAR POR QUÊ? CONTRIBUTOS JURÍDICOS E SOCIAIS PARA A AMPLIAÇÃO DO SALÁRIO-ADOÇÃO PARA QUEM ADOTA ADOLESCENTES E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO HUMANO À PROTEÇÃO SOCIAL NO BRASIL

ANA CLAUDIA POMPEU TOREZAN ANDREUCCI¹
MICHELLE ASATO JUNQUEIRA²

Resumo: A presente pesquisa objetiva discutir a necessidade de concessão de um benefício social denominado salário-adoção aos adotantes segurados da Previdência Social que adotarem adolescentes no Brasil. Ao conceder o salário-adoção, o vocábulo criança recebeu do legislador uma interpretação nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente, lei de natureza especial e infra-constitucional e que em seu artigo 2º considera criança como o sujeito de direito de 0 a 12 anos incompletos e adolescente de 12 a 18 anos incompletos. Contudo, o Brasil ratificou a Convenção dos Direitos da Criança de 1989, instrumento no qual se considera criança como sujeito de direito de 0 a 18 anos. Consideramos que o Salário-Adoção deveria ser expandido a partir de uma hermenêutica construtiva e em favor da vulnerabilidade, utilizando-se o conceito de criança, nos termos da Convenção dos Direitos da Criança.

Abstract: The present research aims to discuss the need to grant a social benefit called adoption benefit to the adopted adopters of Social Security adopted by adolescents in Brazil. When granting the adoption wage, the word child received from the legislator an interpretation under the Statute of the Child and the Adolescent, a law of a special and infra-constitutional nature and in its article 2 considers children as the subject of law from 0 to 12 incomplete years and adolescent from 12 to 18 years incomplete. However, Brazil has ratified the 1989 Convention on the Rights of the Child, an instrument in which children are considered as subjects of law from 0 to 18 years. We consider that the Wage-Adoption should expand from a constructive hermeneutics and in favor of vulnerability, using the concept of child, according to the Convention of the Rights of the Child.

Palavras-chave. Seguridade Social. Salário-adoção. Adolescentes. Proteção Integral.

¹ Pós-Doutoranda em Direitos Humanos e Democracia pela Universidade de Coimbra. Pós-Doutora em Comunicação pela Escola de Comunicações e Artes da Universidade de São Paulo (ECA/USP). Pós-Doutora em Direitos Humanos e Trabalho pela Universidade de Córdoba-Argentina. Mestre e Doutora pela PUC/SP. Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM) e Jornalismo pela Faculdade de Comunicação Social Cásper Líbero. Professora das Faculdades de Direito da UPM e Universidade São Judas Tadeu (USJT). Coordenadora do Grupo de Pesquisa CriADirMack “Direitos da Criança e do Adolescente no Século XXI” da UPM. Pesquisadora do Grupo de Estudos de Novas Narrativas (GENN- ECA/USP). E-mail: anatorezan@andreucci.com.br.

² Doutora e Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Direito Constitucional com extensão em Didática do Ensino Superior. Coordenadora de Pesquisa e TCC da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Vice-líder do Grupo de Pesquisa CNPq “Políticas Públicas como Instrumento de Efetivação da Cidadania”. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa CNPq “Estado e Economia no Brasil”. Vice-líder do Grupo de Pesquisa “CriADirMack - Direito da Criança e do Adolescente no século XXI”. Professora dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito. E-mail: michelleasato@mackenzie.br

Key Words: Social Security. Salary-adoption. Adolescents. Integral Protection.

1. Introdução

Desde o seu advento pela Lei 10.421/2002 o salário-adoção vem sofrendo inúmeras modificações legislativas, mas entre as questões que ainda não foram resolvidas temos a não concessão do salário-adoção para aqueles segurados da Previdência Social que adotarem adolescentes, pois consoante o art. 71-A: Ao segurado ou segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança é devido salário-maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias.

Ao conceder o salário-adoção, o vocábulo criança recebeu do legislador uma interpretação nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente que em seu artigo 2º considera criança como o sujeito de direito de 0 a 12 anos incompletos e adolescente de 12 a 18 anos incompletos. Contudo, o Brasil ratificou a Convenção dos Direitos da Criança de 1989, instrumento no qual se considera criança como sujeito de direito de 0 a 18 anos

Sabendo-se que há um número expressivo de crianças maiores de 12 anos e menores de 18 anos aptas à adoção, nos termos do Cadastro Nacional da Adoção do Conselho Nacional de Justiça Brasileiro, o Salário-Adoção deveria expandido a partir de uma hermenêutica construtiva e em favor da vulnerabilidade, utilizando-se o conceito de criança, nos termos da Convenção dos Direitos da Criança, ou seja, 18 anos.

Consideramos que com a ampliação do salário-adoção haveria mais uma forma de incentivo à adoção destes sujeitos de direito em desenvolvimento e o apoio social previdenciário aos adotantes.

Acompanhando a importância do instituto da adoção como fenômeno jurídico-social, o legislador brasileiro no uso de suas atribuições pautadas pelo Sistema de Seguridade Social - e que nos interessa como foco central do presente trabalho- constituído constitucionalmente

pela tríade Previdência, Assistência e Saúde, bem como fundamentado nos também princípios magnos da seletividade e da distributividade, elegeu a adoção como uma contingência merecedora de proteção social e previdenciária, traduzindo-se em um benefício imperativo para a garantia da concretude da justiça social, da dignidade da pessoa humana, bem como o e fortalecimento dos direitos humanos das famílias e das crianças no Brasil.

2. Adoção como direito humano à convivência familiar e comunitária.

Oportuno mencionar que a CF/88 foi responsável por dar tratamento constitucionalizado à instituição família³, bem como aos seus direitos e deveres correlatos⁴. Ao ser agasalhada pelo manto constitucional, a família se afirma como a célula mater da sociedade, núcleo de direitos humanos, a ser protegido e ser fomentado, como exata significação de direito humano de convivência familiar e comunitária.

Importa dizer também que seguindo os ditames constitucionais, o ECA consolida, como Estatuto, lei especial e de natureza infraconstitucional, as matizes que delineiam os sujeitos de direitos, crianças e adolescentes, reiterando em seu texto os princípios da prioridade absoluta, proteção integral, melhor interesse, sujeito de direito em desenvolvimento em toda a sua plenitude, eivada de dignidade, respeito, liberdade e não discriminação. Um dos núcleos próprios do ECA, qual seja o pleno desenvolvimento da criança e do adolescente e sua proteção integral, encontra terreno fértil na necessidade de fortalecimento de políticas públicas e regulamentações legais protetivas para a consolidação dos direitos à convivência familiar e comunitária, como direitos humanos.

Os direitos humanos estarão onde estiver a fraternidade, a dignidade, o respeito ao próximo, a noção de pertencimento, o desenvolvimento, o bem-estar comum e a justiça social, conforme

³ Ver nesse sentido as preciosas lições de Rodrigo da Cunha Pereira (2013:20) ao informar que “Sabemos que a realidade sempre antecede ao Direito. A jurisdicização de atos e fatos acontece a partir da vida concreta do sujeito. Está em franca decadência nos ordenamentos jurídicos contemporâneos a concepção de Direito como estrutura formal, que tinha o sujeito abstrato como ponto de partida, acompanhada dos papéis que desempenhava no trânsito jurídico, apenas como proprietário, marido, testador e contratante. Atualmente, o Direito gira em torno da pessoa humana concreta e das situações jurídicas, tendo em vista, principalmente, o processo de Constitucionalização do Direito Civil. Em outras palavras, interessa na relação jurídica muito mais o sujeito do que o seu objeto”.

⁴ Sobre a Constitucionalização do Direito Privado Ricardo Lucas Calderon (2013:97) adverte que “as Constituições passaram a tratar de um maior número de matéria, inclusive dispondo expressamente sobre temas que antes eram vistos como exclusivos da seara do direito privado (sendo este um dos aspectos da constitucionalização)”. (CALDERÓN, Ricardo Lucas. Princípio da Afetividade no Direito de Família. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 97)

destaca Norberto Bobbio (2012, p. 29) os “direitos humanos nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais. O paradigma que deve permear os Direitos Humanos é o sentido de pertencimento e união de todos os seres humanos”.

Nesse sentido, os vocábulos família e direitos humanos estão intrinsecamente relacionados, na medida em que no seio familiar se vivencia o ambiente adequado para o fomento de ações afirmativas voltadas à preservação do homem em essência e existência. Crenças, valores, amor e solidariedade são termos próprios do núcleo familiar e se configuram também como essência para a plenitude dos direitos do homem. (BALERA e ANDREUCCI, 2007, p. 121)

Seguindo a mesma linha de reflexão Maria Berenice DIAS (2013, p. 57) orienta que:

é no direito das famílias em que mais se sente o reflexo dos princípios eleitos pela Constituição Federal, que consagrou como fundamentais valores sociais dominantes”. Ressalta ainda que a dignidade da pessoa humana foi elevada como valor nuclear da ordem constitucional, sendo o mais universal de todos os princípios do qual irradiam os demais princípios éticos, pois ocorre opção expressa pela pessoa e encontra na família o solo apropriado para florescer. O direito das famílias liga-se umbilicalmente aos direitos humanos, que possuem como alicerce o princípio da dignidade da pessoa humana.

Na condição de família substituta⁵, a adoção possui status constitucional consagrado pelo Art. 227, da CF/88 :

Art. 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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

(...)

§ 5º - A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

⁵ Considera-se família substituta como aquela que irá substituir os laços consanguíneos naturais daquela criança gerada no seio de outra família, a família natural.

§ 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.

(...)

No ordenamento jurídico brasileiro o conceito para ser adotante é o de pessoa maior de 18 anos, independentemente de estado civil, com a necessária diferença de idade entre o adotado e o adotando, de no mínimo 16 anos. Sendo assim, fica latente que o conceito escolhido foi o de pessoa, não havendo diferenças e privilégios no Diploma Civil Brasileiro, bem como no Estatuto da Criança e do Adolescente, ordenamentos jurídicos que regem a matéria.

A adoção é medida excepcional, irrevogável e incaducável que ocorre após o esgotamento de todas as possibilidades de manutenção da criança na família natural ou extensa. Será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando (princípio do melhor interesse da criança) e fundar-se em motivos legítimos, atribuindo a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais. O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão.

Seguindo esse raciocínio o conceito de família tem sido realçado pela sua importância e pelo seu poder, o cidadão se forma em uma família e começa o seu desenvolvimento, enquanto ser, no contato direto com esse agrupamento humano, é nesse primeiro encontro de relações intersubjetivas que se fortalecem os exemplos e, principalmente, os laços afetivos, sendo a adoção uma máxima de amor e fraternidade universal consoante as palavras de Maria Tereza MALDONADO (1995, p. 26)

A adoção é uma das possibilidades de fazer parte dessa fraternidade universal que acolhe as crianças que, por algum motivo, não puderam ser criadas. Vínculos de carne e de sangue podem ser os mais “visíveis” e fáceis de traçar nas origens genealógicas. Mas que outras histórias, que outros vínculos sutis, “invisíveis” mas difíceis de traçar origens aos nossos olhos limitados, também existem, e de modo tão profundo e sólido. É desses cordões luminosos que nos falam as histórias das adoções

Entendemos que apesar de grande valia que desempenha, a família é ainda carecedora de

políticas coesas, organizadas e sistemáticas por parte do Estado. O desenvolvimento econômico, tecnológico, bem como a globalização geraram inúmeros problemas para a Ordem Social e, diante dos fatos, não restam dúvidas que as famílias sofreram impactos danosos e neste diapasão políticas públicas devem ser propostas para garantia e salvaguarda dos núcleos familiares. (BALERA e ANDREUCCI, 2007, p. 122). Destaca-se, assim, nesse contexto social o necessário aprimoramento de políticas públicas voltadas à proteção da adoção.

3. Seguridade Social na Constituição Federal de 1988 e adoção: o princípio da solidariedade como lema.

O Sistema de Seguridade Social possui status constitucional e se constitui nos termos do Art. 194 como “um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde⁶, à previdência e à assistência social⁷”.

A Seguridade Social visa por meio da comunhão de esforços dos diversos atores sociais, entre eles, empregados, empregadores, Estado e sociedade em geral, a comunhão, fenômeno social e jurídico que recebe o nome de solidariedade social, considerado, por sua vez, um dos princípios norteadores e fundantes do sistema, a proteção ao homem diante dos infortúnios, libertando-o da miséria e das necessidades.

Manuel Alonso OLEA e José Luis Tortuero PLAZA,(1988, p. 38) precisamente, declaram a Seguridade Social como um conjunto integrado de medidas públicas ordenadas em um sistema de solidariedade e que visam prevenir e remediar os riscos pessoais por meio de prestações individuais agregando a idéia de que tais medidas são voltadas para a proteção geral de todos em situações de necessidade, garantindo assim um nível mínimo de rendimento.

⁶ Importa ressaltar que a saúde, assim como a assistência social, se distingue da previdência social pela sua não contributividade, sendo compreendida como direito público subjetivo alicerçada no princípio da universalidade, pois se constitui como um direito de todos e dever do Estado, atuando na esfera prevencionista, bem como recuperadora.

⁷ A Assistência Social está regulamentada pela Lei Orgânica da Assistência Social (Lei n. 8.742 de 7 de dezembro de 1993) e um dos principais traços distintivos em relação à previdência social é o seu caráter não-contributivo, ou seja, sem a devida contraprestação contributiva do hipossuficiente visando apartar as situações de pobreza e miserabilidade mediante a atuação concreta do Estado.

Ainda resta sublinhar que o conceito de seguridade social na atualidade está interagido com a idéia de necessidades do indivíduo e não como no início, contemplado que era, como proteção para aqueles que exerciam atividade profissional. Ademais, na medida em que a seguridade social se torna um serviço de ordem pública, dever do Estado, congregando uma solidariedade social e não apenas profissional, própria das origens do seguro social, o conceito de seguridade social como garantia de renda cede espaço para uma conceituação mais ampla como garantia de um mínimo vital aos membros da sociedade. (DUPEYROUX, 1963, p. 27)

Formada por uma rede principiológica, a Seguridade Social tem por objetivos precípuos a consolidação de um Estado de Bem-Estar Social, a busca pela justiça e paz social, com a redução das desigualdades, promoção da dignidade da pessoa humana e proteção do homem diante vicissitudes e necessidades sociais.

Pelo o que foi exposto, resta claro o papel desenhado a ser cumprido pela seguridade social, que por meio de objetivos definidos e políticas públicas articuladas, visa estabelecer a proteção do homem, salvaguardando-o das necessidades sociais garantindo, assim, a consolidação do bem-estar e da justiça social.

Denota-se que o legislador constituinte objetivou firmar como propósito da sociedade brasileira a instituição dos laços de solidariedade necessários à construção de uma sociedade livre, justa, desenvolvida, com a promoção do bem de todos e apartamento das desigualdades regionais.

A solidariedade para o Estado Democrático de Direito Brasileiro deve ser concebida como sinônimo de desenvolvimento, justiça social, bem-estar e paz. O vocábulo solidariedade nos remete à concepção de ligação entre pessoas, responsabilidade mútua, congregação de interesses individuais para o desenvolvimento comum, vinculação de indivíduos em prol de um bem maior, comunhão de responsabilidades

A solidariedade social corresponde, portanto, a um princípio que estrutura os Estados Sociais, notadamente, conhecidos como Estados Providência, possui caráter político, econômico e social na medida em que cabe ao Estado promover o bem de todos, e na união de forças

individuais os enlaces tornam-se vínculos jurídicos atrelados à implementação da proteção social. Desta forma, a solidariedade se processa não por motivações caritativas ou sentimentos altruístas, mas sim visam implementar o financiamento de benefícios destinados aos cidadãos mesmo em razão de uma diminuta ou até mesmo nula capacidade contributiva. (SCHWARZ, 2008, p. 12)

Portanto, a solidariedade social traduz o reconhecimento das desigualdades existentes no ambiente social. É por meio da troca institucionalizada pelo Estado que, de acordo com a capacidade contributiva de uns em favor da necessidade de outros, o princípio da solidariedade se efetiva. Finalmente, por meio da solidariedade se consolidam os objetivos do Estado Democrático de Direito, quais sejam, a efetivação da justiça e do bem-estar social.

Assim como a adoção, está a Seguridade Social absolutamente pautada no princípio da solidariedade, fazendo cumprir seu papel de amparo diante das contingências sociais, nos termos expostos constitucionalmente no Art. 3º, III, com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Quanto ao tema da solidariedade no sistema de proteção social Wladimir Novaes MARTINEZ (2001, p. 90) disserta que:

A solidariedade social é a projeção do amor individual, exercitado entre parentes e estendido ao grupo social. O instituto animal de preservação da espécie, sofisticado e desenvolvido no seio da família, encontra na organização social amplas possibilidades de manifestação. Pequeno o grupo social, a solidariedade é quase instintiva. Vencendo o natural egoísmo, aquele que ajuda o próximo sente que um dia poderá ser ajudado. Essa ajuda, sem perspectiva de reciprocidade, é mora; com certeza de reciprocidade é o seguro social. A solidariedade familiar é a primeira forma de assistência que o ser humano conhece e à qual recorre quando da instalação da necessidade; só depois intervêm técnicas de proteção social mais elaboradas.

Na mesma seara sobre os laços de solidariedade juridicamente inseridos pelo Sistema de Seguridade Social estão as considerações de (2008, p. 4-5):

Nosso Sistema de Seguridade Social, assim, do modo como posto pela Constituição Federal de 1988, pauta-se na ideia de solidariedade que é pressuposto do Estado Providência e da social-democracia.

Essa ideia de solidariedade, ao contrário do que poderia parecer ao senso comum, fundamenta-se no reconhecimento da desigualdade entre os homens, na medida em que propugna que alguns privilegiados têm o dever jurídico, e não puramente moral, de repartir os frutos de seu trabalho com os demais. Esse dever é político, econômico e social e, como decorrência desse princípio, o indivíduo tem o dever de concorrer para a subsistência do estado pelo simples fato de ser membro da comunidade, independentemente de contraprestação ou benefício.

Cabe informar que nosso objeto de estudo no presente trabalho é a concessão do salário-adoção para quem adotar adolescentes, o qual possui uma natureza de benefício previdenciário.

Traduz-se a Previdência Social como a institucionalização estatal de um seguro, destinado à pessoa, filiada ao sistema, e vitimada pela necessidade social. Pode ainda ser entendida como meio dotado de eficácia do qual se utiliza o Estado no intuito de proceder à distribuição da riqueza nacional, objetivando o bem-estar da coletividade, com as características básicas da previdência social: caráter contributivo, filiação obrigatória, proteção a riscos determinados pela legislação e equilíbrio financeiro e atuarial. (BALERA e ANDREUCCI, 2007, p. 32)

O Sistema da Previdência Social protege riscos determinados especificados na lei. Tais riscos encontram-se delimitados nas leis que regem o sistema e os incisos do Art. 201 da Carta Magna de 1988 traduzem as contingências que são objeto de amparo social, relacionando os eventos capazes de colocar em situação de necessidade os que vierem a ser atingidos por tais ocorrências.

No campo da Seguridade Social, ao lado do princípio da solidariedade, o binômio seletividade-distributividade desempenha tarefa das mais importantes, pois é compreendido como a escolha das necessidades sociais mais imperativas e a distribuição de tais benefícios/serviços aos indivíduos mais necessitados, de forma a abranger o maior número de destinatários, visando a produção efetiva da promoção de justiça e bem-estar social. levando-se em conta o contexto social, cultural, político e econômico como esteio e fonte motivadora para a seleção das contingências sociais.

Deve o legislador no momento da escolha atentar para o momento histórico priorizando as

contingências sociais que reflitam em absoluto as necessidades a serem prestigiadas, alicerçado sempre na saúde financeira do sistema, ou chamado legalmente de equilíbrio financeiro e atuarial, mediante coordenação dos ingressos e de saídas, nos termos da regra da contrapartida, expressa no Art. 195, § 5º da Constituição Federal de 1988.

Imprescindível mencionar que a adoção e o Sistema de Seguridade Social possuem como raízes fundantes a solidariedade⁸, a fraternidade, a ajuda mútua e a proteção social. Portanto, ao selecionar essa contingência, no ano de 2002 - ainda que tardia e eivada de vícios - o legislador infraconstitucional deu início a um processo de salvaguarda do instituto da adoção no âmbito previdenciário brasileiro. Será a edição da Lei 10.421/2002, batizada de Salário-Maternidade da mãe adotiva, o marco histórico do qual partiremos com vistas a percorrer a evolução do instituto e apresentar o que ainda merece ser contemplado, a possibilidade de percepção do benefício para as famílias que adotarem adolescentes.

4.Salário-adoção e um breve retrospecto nos 30 anos da CF/1988

Temos em 2002, a edição da Lei 10.421 responsável por incluir o benefício previdenciário destinado à mãe adotiva, acrescentando à Lei n. 8.213/91 o Art. 71-A, anteriormente concedido apenas à mãe biológica, o qual estabelecia que :

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, 60 (sessenta), 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.

A edição da norma legislativa - apesar de tardia - representou a consolidação da salvaguarda à

⁸ CANOTILHO (2006, pp. 1141-1142) ressalva a importância da solidariedade para além do pacto geracional “Por último não deve esquecer-se que a constituição não é apenas um ‘texto jurídico’, mas também uma expressão do desenvolvimento cultural do povo. Precisamente por isso, a reserva de constituição deve estar aberta aos temas do futuro, como o problema da responsabilidade e da solidariedade intergeracional (ambiente, dívida pública, segurança social), o problema da sociedade de informação, o problema do emprego, o problema da ciência e da técnica e das suas refrações na pessoa humana (biotecnologia, tecnologias genéticas), o problema das empresas multinacionais e do seu incontrolado poder político, o problema da droga e do seu potencial existencialmente aniquilador, o problema da queda demográfica em uns casos e da explosão demográfica em outros.”

maternidade, evoluindo-se do conceito puramente biológico e natural, previsto no Art. 71 da Lei 8.213/91, para vir a prestigiar e proteger a maternidade adotiva ou legal, advinda da premissa de que é de absoluta importância o estabelecimento de laços afetivos entre mães e filhos, em especial, dos laços a serem construídos a partir de um processo de adoção.

Com o advento da Lei nº 10.421/2002, houve por via de consequência a inserção na CLT, do Art.392-A da CLT, o qual também se fez presente, no mundo das relações do trabalho, estendendo a licença-maternidade à mãe adotiva, com duração de 120 dias, se a criança tiver até um ano de idade; 60 dias, se tiver de um a quatro anos; e 30 dias, se tiver de quatro a oito anos de idade.

Permeada de inconstitucionalidades, a lei foi objeto de inúmeras ações individuais, bem como ações civis públicas pelo Brasil, bem como mereceram destaques as iniciativas da sociedade civil organizada, em especial ao discutir a inconstitucionalidade do escalonamento do benefício de acordo com a idade da criança, consagrando uma regra não científica, mas de senso comum, na qual quanto mais nova a criança, maior a necessidade de cuidados e, assim, maior o benefício e vice-versa, colaborando sobremaneira para discriminar as crianças mais velhas, em total afronta aos preceitos constitucionais da isonomia, como também enaltecer ainda mais os índices oficiais brasileiros, com a preferência paradigmática pela adoção de crianças menores de 2 (dois) anos de idade.

Ainda, impõe mencionar que o conceito de criança utilizado pela lei previdenciária – até 8 anos de idade, não encontrava esteio em qualquer diploma legal, ferindo o exposto no Art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, norma de natureza especial, que busca como princípios norteadores a proteção integral, a prioridade absoluta e a condição peculiar de ser em desenvolvimento e para tanto, conceitua criança como sujeitos de direito de 0 a 12 anos incompletos.

E, finalmente, a exclusão dos pais adotivos da percepção do benefício previdenciário caminhava em total afronta aos conclamos da justiça social, igualdade de gênero, entre outros.

O ano de 2009 foi marcado pela publicação da Lei 12.010, batizada de Lei da Adoção, e responsável por alterar diversos dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente relativos à temática.

Entre as inúmeras modificações trazidas, a referida lei revogou os períodos escalonados da licença-maternidade previstos nos parágrafos 1.º, 2.º e 3.º, do artigo 392- A, da CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas), disciplinando que a empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança, teria direito à licença-maternidade de 120 dias, sem prejuízo do emprego e salário.

Contudo, apesar do avanço a nova lei trouxe consigo uma contradição jurídica, pois a alteração se faz apenas no campo do Direito do Trabalho, no tocante ao período da licença-maternidade, mas não alterou o Art. 71-A da Lei 8213/91, responsável por autorizar o pagamento do benefício previdenciário que acompanha a licença maternidade.

Muitos foram os entendimentos à época da edição da nova lei, entre eles, que o Art. 71-A da Lei 8.213/91 estaria tacitamente derogado pela Lei 12.010/2009, não havendo mais o escalonamento de acordo com a idade da criança, bem como o conceito de criança a ser adotado seria o do ECA qual seja o de sujeito de direito de “até 12 anos de idade incompletos”.

Outro entendimento foi no sentido de considerar que a “licença-maternidade”, em caso de adoção, como direito de natureza trabalhista, teria passado a ser, sempre, de 120 dias, conforme Art. 392-A, caput, da CLT. Entretanto, o respectivo “salário-maternidade”, por sua vez, como benefício previdenciário, permaneceria devido na forma do Art. 71-A da Lei 8.213/91. Nesse caso, quando o adotado tiver 1 ano ou mais, a duração da licença-maternidade da adotante que venha a superar o período do salário-maternidade seria considerada como licença remunerada, a cargo do empregador. (Garcia, 2011:330)

O entendimento do INSS foi o de manter a vigência do Art. 71-A da Lei 8213/91, ou seja, com pagamentos efetivamente escalonados, sendo que tal controvérsia se transformou em objeto de ações civis públicas, com destaque à Ação Civil Pública nº 5019632-23.2011.404.7200/SC impetrada pelo Ministério Público de Santa Catarina em face do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), a qual foi julgada pela Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região declarando, em 12 de agosto de 2012, a inconstitucionalidade da parte final do *caput* do Art. 71-A da Lei 8.213/91, ou seja, reconhecendo o direito a salário maternidade de 120 dias para seguradas que adotassem crianças de quaisquer idades, com a

antecipação dos efeitos da tutela para aplicação imediata do *decisum*. Contudo, há de ser registrado que os pais adotivos continuavam à margem da proteção do sistema previdenciário, questão não suscitada pelo Ministério Público Federal na presente ação.

Finalmente, e seguindo a trajetória histórica, cabe ressaltar que ainda existiam clamores doutrinários, jurisprudenciais e legislativos quanto ao tema do Salário-Adoção, e em sendo assim, no dia 25 de outubro de 2013, a presidenta Dilma Rousseff sancionou a Lei n. 12.873/2013 que alterou o Art. 71-A da Lei 8213/91 corrigindo algumas distorções do benefício, cabendo transcrevê-lo:

Art. 71-A. Ao segurado ou segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança é devido salário-maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias. (Redação dada pela Lei nº 12.873, de 2013)

§ 1º O salário-maternidade de que trata este artigo será pago diretamente pela Previdência Social. (Redação dada pela Lei nº 12.873, de 2013)

§ 2º Ressalvado o pagamento do salário-maternidade à mãe biológica e o disposto no Art. 71-B, não poderá ser concedido o benefício a mais de um segurado, decorrente do mesmo processo de adoção ou guarda, ainda que os cônjuges ou companheiros estejam submetidos a Regime Próprio de Previdência Social. (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013)

Referida norma, corrigiu a concessão do benefício limitado à crianças até 8 anos, em total afronta ao ECA, bem como do escalonamento da idade da criança (quanto menor fosse, maior seria o benefício), sendo, a partir da novel legislação, devido o benefício de 120 dias a crianças de até 12 anos de idade.⁹

Com a nova lei garantiu-se, também, a inclusão do pai adotivo como titular à recepção do Salário-Adoção. Tal correção legislativa contribuiu sobremaneira para a igualdade de homens e mulheres, singulares nas suas individualidades e plurais na responsabilidade da assunção de papéis diversos na construção de uma sociedade efetivamente mais igualitária e assume contornos definitivos para cidadãos do presente século.

⁹ Conforme defendemos na obra ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan. **Salário-Maternidade da Mãe Adotiva**. São Paulo: LTr, 2006.

Apesar de sua importância indiscutível para o sistema de proteção social às famílias e às crianças, a novel legislação ainda deixou algumas pendências para resolução, em especial, nos dedicaremos no presente ensaio a analisar o vocábulo criança contido no art. 71-A da Lei 8.231/91 a partir da Lei 12.873/2013, que por sua literalidade acabou por excluir da concessão do benefício os adolescentes.

5. O adolescente e a sua não inclusão para a concessão do benefício salário-adoção

Cabe ressaltar que o Brasil ratificou a Convenção dos Direitos da Criança de 1989, instrumento no qual se considera criança como sujeito de direito de 0 a 18 anos. Ademais também se faz oportuno destacar que o ECA preconiza a adoção de crianças e adolescentes de 0 a 18 anos.

Também entre os muitos princípios que dão corpo ao ECA, sua matriz hermenêutica encontra-se consagrada no Art. 6º visando que “na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”.

Sabendo-se que há um número expressivo de crianças maiores de 12 anos e menores de 18 anos aptas à famílias substitutas, segundo informações do Cadastro Nacional da Adoção do Conselho Nacional de Justiça, o Salário-Adoção deveria ser concedido até a maioridade do adotando, como forma de garantir a convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes.

Apesar da compreensão pela literalidade do vocábulo criança pela Autarquia Previdenciária nos estritos limites dos 12 anos, ações individuais e decisões favoráveis à ampliação do benefício para os adolescentes entre 12 e 18 anos incompletos começam ganhar espaço no Brasil.

Entre elas, podemos citar paradigmaticamente a concessão do benefício pela via judicial a um pai segurado da Previdência Social que adotou uma criança de 14 anos e teve administrativamente o benefício negado pela Autarquia Federal. Segundo o magistrado, responsável pelo *decisum*,

a interpretação literal do dispositivo pretendida pelo INSS, com o devido respeito, é dissociada da finalidade da norma e do contexto em que ela se encontra inserida. Isso porque, em primeiro lugar, a proteção aos interesses da criança, do adolescente e do jovem está expressamente prevista no artigo 227 da Constituição Federal. Nele restou assegurado, inclusive, a proteção à convivência familiar e comunitária. Nessa linha, o benefício do salário-maternidade, nos casos de guarda e adoção, possui a finalidade principal de promover a adaptação do adotando ao convívio com a nova família, considerando-se suas necessidades psicológicas e emocionais. Ou seja: o que é tutelado pelo benefício são os interesses e direitos do adotando e também da entidade familiar, como um todo.¹⁰

Ressaltou ainda o magistrado que a pretensão inicial ao benefício encontra justificativas adicionais já que claramente quanto maior a idade do adotando, mais complexo será o seu processo de adaptação.

Também no mesmo sentido foi a decisão da magistrada federal Marcella Araujo da Nova Brandão, titular do 11º Juizado Especial Federal do Rio de Janeiro, que condenou o INSS a pagar salário-adoção pelo prazo de 120 dias à mãe adotiva, segurada da Previdência Social, que adotou uma menina maior de 12 anos.

Entre as motivações da decisão relatadas pela juíza estão a equiparação constitucional dada aos filhos, no art. 227, parágrafo 6º da CF/88, bem como o avanço dos benefícios previdenciários em prol da família.

Em sua decisão, a magistrada também ressaltou que “a principal finalidade do benefício é contribuir para a adaptação do adotando ao convívio com a nova família, levando em consideração suas necessidades e peculiaridades psicológicas e emocionais, além de possibilitar meios concretos de formação do vínculo afetivo, entre os envolvidos no processo de adoção, por meio de estímulo ao convívio direto entre o adotante e o adotado”.

A juíza assegurou, ainda, que é importante que se disponibilize, aos pais, um tempo para acolher integralmente seu filho, a fim de que passem juntos o maior tempo possível, seja para que se conheçam, seja para que o adotado aprenda os hábitos e gostos da família, seja, ainda, para que os pais possam trabalhar os medos e frustrações do adolescente, que está tendo a oportunidade de reescrever e ressignificar sua história familiar.¹¹

¹⁰ Disponível em

<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5886/Segurado+que+adotou+maior+de+12+anos+ganha+direito+ao+sal%C3%A1rio-maternidade>. Acesso em 27. Ago.2018.

¹¹ Disponível em <http://www.jftj.jus.br/noticia/justica-federal-do-rio-de-janeiro-ordena-o-pagamento-de-salario->

No mesmo sentido é o entendimento da vice-presidente da Comissão Nacional de Adoção do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM)

Quando uma criança chega em sua família biológica, entendemos a necessidade da mãe, do pai e da própria criança de passarem por uma adaptação. Afinal, todos estão passando por uma forte mudança em suas vidas. Evidente que o bebê precisa da mãe para tudo e, por isso, não se questiona a licença-maternidade do recém-nascido. Porém, quando uma criança de 12 anos é adotada, ela também está passando por um processo de ‘nascido de novo’. Embora ela não precise de alguém para lhe dar banho e se alimentar, ela precisa ‘nascido’ naquela família. Por isso é extremamente importante que se disponibilize aos pais um tempo para acolher integralmente seu filho e passarem juntos o maior tempo possível, se conhecendo, aprendendo os hábitos da família, os gostos, medos e frustrações do adolescente. Esse adolescente está reescrevendo sua história familiar e esses pais estão aprendendo a conhecer seu filho como se ele tivesse nascido naquele momento.¹²

Pela leitura detida aos ensinamentos acima transcritos podemos concluir que para a instituição de um tratamento diferenciado deverá haver um fundamento dotado de razoabilidade, assegurando uma relação lógica entre os meios e os fins da norma desigualadora. Ademais, para a existência da norma desigualadora é pressuposto indispensável a sua conformação aos valores Constitucionais, sempre dentro de uma interpretação sistemática e teleológica.

Acerca do tema discorre Celso Antônio Bandeira de Mello(1995, p. 10):

o preceito magno da igualdade é a norma voltada quer para o aplicador da lei quer para o próprio legislador. Deveras, não só perante a norma posta se nivelam os indivíduos, mas, a própria edição dela assujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas. A lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da igualdade e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes. Em suma: dúvida não padece que, ao se cumprir uma lei, todos os abrangidos por ela, hão de receber tratamento parificado, sendo certo, ainda que ao próprio ditame legal é interdito diferir disciplinas diversas para situações equivalentes.

maternidade-adoptante-de-0. Acesso em 28 ago. 2018.

¹² Disponível em

<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5886/Segurado+que+adotou+maior+de+12+anos+ganha+direito+ao+sal%C3%A1rio-maternidade>. Acesso em 28 ago. 2018.

Oportuno sublinhar que nos tempos hodiernos o princípio da igualdade jurídica congrega uma concepção mais ampla no sentido de instrumentalizar condições de oportunidades e firmamento de um efetivo equilíbrio dos cidadãos no Estado Social de Direito. A igualdade real alcançada nos remete a um dos fundamentos proclamados pela República Federativa do Brasil, na CF/88 art. 1º, inciso III da CF/88, a dignidade da pessoa humana. A adoção em sua mais completa tradução de integralidade e inteireza nos conduz às afirmações de igualdade formal e material proclamadas pelo Legislador Constituinte. A ideia de não discriminação entre filhos adotivos e naturais se configura como um dos pressupostos da proteção integral. A Constituição não diferencia, iguala e assim sendo, não caberia à norma infraconstitucional fazê-lo.

Considerações finais: incluir o adolescente é preciso.

A história do instituto do Salário-Adoção no Brasil, objeto do presente artigo, demonstra uma evolução lenta e gradual, mas uma evolução. Do foco originário na mãe, para o primado social da família e do vínculo com a criança, o instituto do Salário-Adoção prosperou. Desigualdades de gênero, sexo e idade foram afastadas e o benefício, como direito social, se consagrou. Tornou-se núcleo efetivo de direitos humanos, afirmando-se como direito humano fundamental.

Acreditamos que a adoção permeada pela supremacia da afetividade, da soliedariedade e da fraternidade deve ser concebida como meta primordial e ambiência privilegiada para a consecução de Políticas Públicas contínuas e variadas e a extensão do salário-adoção para os adotantes de adolescentes se consagra como a imperatividade da proteção social e estabelecimento dos laços fratenos, contribuindo para as diretrizes expressas e almejadas pelo legislador constituinte.

Defendemos também que o Salário-Adoção venha a integrar o rol de direitos constitucionalizados, garantindo assim um status diferenciado, e não apenas previsto na ordem infraconstitucional.

Ao ingressar no rol dos direitos sociais pela via da Emenda Constitucional, o Salário-Adoção

estaria agasalhado pela cláusula de proibição de retrocesso social defendida pelo ilustre constitucionalista J.J. Canotilho ao considerar que após sua concretização como direitos fundamentais sociais assumem a condição de direitos subjetivos a determinadas prestações estatais e de uma garantia institucional, situados fora da esfera de disponibilidade do legislador, não podendo mais ser reduzidos ou suprimidos (1999, pp. 474-475).

Por todo o exposto, consideramos tal medida imprescindível, pois agregará um *status* constitucional diferenciado, responsável por desencadear políticas públicas e interpretações judiciais mais contemporâneas.

Referências

ABREU, Jayme Henrique. *Convivência familiar: a guarda, tutela e adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

ALMEIDA, Renata Barbosa de & RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. *Direito civil: Famílias*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010.

ANDREUCCI, Ana Claudia Pompeu Torezan. *Salário-Maternidade da Mãe Adotiva*. São Paulo: LTr, 2006.

_____. *Igualdade de gênero e ações afirmativas. Desafios e perspectivas para as mulheres brasileiras pós Constituição Federal de 1988*. São Paulo: LTr, 2012.

AOKI, Luiz Paulo Santos. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*, São Paulo: Malheiros, 1992.

BAHIA, Calúcio José Amaral. A natureza jusfundante do direito à família. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, v.11, n.22, 2008, pp. 20-49.

BALERA, Wagner & ANDREUCCI, Ana Claudia Pompeu Torezan. *Salário-Família no Direito Previdenciário Brasileiro*. São Paulo: Ltr, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 1995.

BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins & ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan, (org.) *Mulher, Sociedade e Direitos Humanos: Homenagem à Profa. Dra. Esther de Figueiredo Ferraz*. São Paulo: Rideel, 2010.

BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da Afetividade no Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

CALMON DE PASSOS, J. J.. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Revista de Processo*, v. 102, São Paulo, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9. ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DUPEYROUX, Jean Jacques. *O Direito à Seguridade Social*. São Paulo: Revista dos Industriários, 1963.

FREIRE, Fernando. *Abandono e Adoção – Contribuições para uma cultura da adoção*. Curitiba: Terre des Hommes, 1991.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. Repercussões da Lei nº 12.010/2009 no salário-maternidade em caso de adoção. *Consultoria Trabalhista: Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo:COAD, 2011, pp. 326-329.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Manual de Adoção Internacional*. São Paulo: Malheiros, 2009.

MALDONADO, Maria Tereza. *Os caminhos do coração: pais e filhos adotivos*. São Paulo: Saraiva, 1995.

MASSAMBANI, Vania. O homem e o benefício do salário-maternidade – análise sistemática da Constituição Federal e a Lei 8.213/91. In. BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm; FOLMANN, Melissa (coordenadoras). *Previdência Social: nos 90 anos da Lei Eloy Chaves*. Curitiba: Juruá, 2013.

OLEA, Manuel Alonso Olea & PLAZA, José Luis Tortuero. *Instituciones de Seguridad Social*. 11ª ed. Madrid: Ed. Madrid, 1988.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família*. 2004. 157f Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba.

SCHWAZ, Rodrigo Garcia. O sistema de seguridade social e o princípio da solidariedade:

reflexões sobre o financiamento dos benefícios. *Revista de Doutrina TRF4*, Porto Alegre, ed. 25, 2008.

SZYMANSKI, Heloisa. Viver em família como experiência de cuidado mútuo: desafios de um mundo em mudança. *Revista Serviço Social & Sociedade*, nº 71; São Paulo: Cortez, 2002, pp.09-25.