

SALÁRIO-MATERNIDADE NA BARRIGA SOLIDÁRIA A CASAIS HOMOAFETIVOS MASCULINOS: possibilidades e fundamentos jurídicos

Camila Fenalti Salla¹

Mariana Fenalti Salla²

INTRODUÇÃO

Desde os tempos mais remotos, as relações homoafetivas se fazem presentes na história da humanidade, embora tenha sido apenas nos últimos anos que esses laços começaram a receber a devida atenção e amparo jurídico, quando os juristas vislumbraram a necessidade de regulamentação das relações entre casais do mesmo gênero.

As uniões homoafetivas sempre existiram em diversas sociedades e culturas, e hodiernamente através de consideráveis lutas por seu espaço na sociedade ganham voz e buscam por seus direitos, desde os fundamentais assegurados na Constituição Brasileira, quais sejam, igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana, até os derivados da suas relações como parceiros, como, os direitos a união estável, aos direitos sucessórios e a possibilidade de adoção. (SILVA; TAVARES, 2015, p.1)

Foi nesse cenário, ao se despir de preconceitos, que o Supremo Tribunal Federal, finalmente, posicionou-se acerca da temática, consolidando o reconhecimento de união estável para casais do mesmo sexo. Por conseguinte, tornou-se possível, também, a adoção de filhos e a utilização de barriga solidária por parte desses casais. Apesar de essa realidade ser cada vez mais presente, não há regulamentação das questões previdenciárias que envolvem a barriga solidária, deixando, assim, um espaço lacunoso na redação da lei. Não obstante, faz-se necessária a regulamentação previdenciária dessa matéria, porque, uma vez reconhecidos os direitos de família, por evidente abriu-se caminho para a necessidade de reconhecimento de questões previdenciárias, como o salário-maternidade para pais cujo filho é fruto de barriga solidária.

A Lei 12.873/2013 alterou o art. 71-A da Lei 8.213/1991 e possibilitou salário-maternidade quando da adoção feita por homens, incluindo, assim, a possibilidade de casais homoafetivos masculinos gozarem de salário-maternidade. Entretanto, não foi previsto na lei o caso de filho fruto de barriga solidária, dando origem, assim, a uma grande lacuna jurídica previdenciária. Lacuna jurídica que, consoante Mascaro (2013), é

¹ Apresentadora. Acadêmica do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria.

² Apresentadora. Acadêmica do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria.

falta de norma para regular algum caso específico, *in casu*, salário-maternidade para pais fruto de barriga solidária.

Diante dessa realidade, é de suma importância a análise dessa lacuna jurídica, para que, assim, possa ser encontrada alguma maneira de solucionar tal questão jurídico-social que importa a todos brasileiros. O Direito, enquanto sistema uno, não pode vender os olhos para realidades alarmantes como essa – havendo, assim, uma grande necessidade de suprimimento dessa lacuna jurídica –, tendo em vista que na sociedade atual, com o reconhecimento dos direitos homoafetivos, avanço da biotecnologia e por vivermos em uma sociedade que se reconhece cada vez mais plural, essa situação se fará cada vez mais presente.

Dessa forma, o presente trabalho objetiva analisar se há fundamento jurídico para concessão de salário-maternidade a casais homoafetivos do gênero masculino que tenham tido um filho por meio de barriga solidária, identificando quais os possíveis princípios norteadores para o suprimimento desta lacuna.

METODOLOGIA

O presente trabalho realizou-se através do método de abordagem dedutivo, partindo-se de uma lei, *in casu* Lei 12.873 de 2013, e, em seguida, refletindo sobre a aplicabilidade da lei a casais homoafetivos, especificamente do sexo masculino e que tenham tido um filho por meio de barriga solidária. Os métodos de procedimento adotados foram o histórico, realizando uma breve retrospectiva das recentes conquistas dos homoafetivos no âmbito jurídico, bem como da Lei 8.213 de 1991 e das modificações trazidas pela Lei 12.873 de 2013; e o comparativo, aferindo contrapontos entre o gênero feminino e masculino quanto aos direitos a serem assegurados.

As técnicas de pesquisa utilizadas foram a bibliográfica, através da análise de artigos científicos e livros, bem como a documental, por meio do estudo da legislação brasileira, especialmente da Lei 12.873 de 2013.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

O salário-maternidade é um benefício da previdência social destinado, inicialmente, à mulher segurada por ocasião do parto. Tal benefício tem previsão constitucional e está disciplinado na Lei 8.213 de 1991, sua duração é, em regra, de cento e vinte dias. Quanto à sua natureza jurídica, Castro (2014) ressalta que não há que

se confundir com a noção de salário *stricto sensu*, pois o salário-maternidade é benefício cujo ônus é integral da Previdência Social.

Consoante Dias e Macêdo (2012, p. 234) apontam, diferentemente de outrora, atualmente “todas as seguradas da previdência social têm direito ao salário-maternidade”, abrangendo maternidade biológica e através de adoção. No entanto, o benefício seguia sendo destinado exclusivamente às mulheres, o que impedia homens adotantes de desfrutarem desse período com seu filho(a).

Para sanar essa falha legal, foi aprovada a Lei 12.873 de 2013, passando também a serem beneficiários do salário-maternidade os homens solteiros ou casais homoafetivos masculinos que adotassem. Além da adoção, outra opção que tem sido comum aos casais homoafetivos masculinos para constituir família com filhos é a barriga solidária, sendo “Relevante observar que no Brasil é permitida a utilização da barriga solidária por um casal de homens homossexuais.” (MASSARO, 2014, p. 4391).

Paulo Lôbo (2011, p. 223) destaca que a legislação brasileira não acolheu expressamente a cessão do útero alheio, a prática é autorizada por Resolução do Conselho Federal de Medicina (Res. n. 1.957/10), com natureza de norma ética, a qual “admite a cessão temporária do útero, sem fins lucrativos, desde que a cedente seja parente colateral até o segundo grau da mãe genética.”.

Na hipótese de geração de um filho(a) para um casal homoafetivo masculino mediante cessão temporária do útero, não há fato gerador do benefício de salário-maternidade para nenhum dos pais, vez que o parto não é realizado por eles e tampouco se trata de adoção. Surge, assim, uma relevante lacuna jurídica que se deve tentar dirimir mediante aplicação de princípios jurídicos.

Inicialmente, merece destaque o princípio da dignidade da pessoa humana. Segundo esse princípio veda-se que qualquer ser humano seja tratado de forma não digna, desigual, discriminatória, de modo que “a dignidade humana [...] irradia-se nas relações jurídicas como barreira à discriminação por motivo de orientação sexual. Essa força irradiadora alça todos os rincões do ordenamento [...]” (FACHIN, 2013, p. 69-70). Nesse diapasão, a incidência do princípio atinge todos os ramos do direito, incluindo o direito previdenciário, impedindo que o sistema jurídico regule de forma prejudicial ou desigual alguma situação em razão da orientação sexual dos envolvidos.

Decorre do princípio da dignidade da pessoa humana o princípio da igualdade, o qual, consoante a visão aristotélica, consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Umbilicalmente ligado à igualdade está o princípio da não

discriminação. A respeito de tais princípios Ragazzi e Bueno (2013, p. 115) afirmam que

Por imposição constitucional, o legislador deve considerar, ao elaborar as normas que regem a sociedade, as diferenças, inclusive a diversidade de orientação sexual, sempre com o cuidado de não criar discriminação injusta e, se necessário, de lançar as justas. O aplicador do direito está sujeito aos mesmos ditames. Assim, se tomarmos por pressuposto a correta atuação estatal no resguardo da isonomia, a sociedade, por imposição legal ou judicial, está obrigada a respeitar as diferenças, em atendimento ao princípio da igualdade.

Desse modo, o legislador, ao dar nova redação às disposições referentes ao salário-maternidade, deveria ter considerado as peculiaridades da hipótese de gestação de substituição em prol de casais homoafetivos. Não o tendo feito, o aplicador do direito tem o dever constitucional de suprir a omissão legal, de modo a evitar tratamento jurídico discriminatório.

Por fim, não se pode olvidar do princípio do melhor interesse da criança, que, assim como os demais mencionados, possui guarida constitucional. Consoante esse princípio, os interesses da criança devem ficar em posição de prioridade, com a proteção integral de seus direitos fundamentais. Nesse sentido, importante destacar que a função primordial do salário-maternidade é assegurar a convivência da criança com seu genitor, permitindo o surgimento de laços afetivos e o sadio desenvolvimento psicossocial. Desse modo, “A licença maternidade não é um direito que pertence só à mãe, mas à família como um todo.” (ANDRADE; CUSTÓDIO, 2014, p. 219). Dessa forma, havendo conflito jurídico quanto à (im)possibilidade de concessão de salário-maternidade a casal homoafetivo, deve-se priorizar o direito da criança à formação integral e à convivência com seus pais, garantindo-se sempre o melhor interesse dela.

CONCLUSÕES

Na hipótese de um casal homoafetivo masculino tornar-se pai mediante cessão temporária de útero, não haveria fato gerador para concessão do salário-maternidade.

Por meio da pesquisa realizada, conclui-se que existe consistente fundamento jurídico para concessão de salário-maternidade a casais homoafetivos masculinos beneficiados por gestação de substituição, o qual se ancora em relevantes princípios constitucionais. Identificaram-se como princípios norteadores para o suprimento dessa lacuna os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da não discriminação e do melhor interesse da criança.

Assim, o Direito não pode furtar-se às mudanças sociais, devendo o operador do direito aplicar os princípios jurídicos visando assegurar, acima de tudo, a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Aline Duarte; CUSTÓDIO, Maraluce Maria. LICENÇA MATERNIDADE PARA CASAIS HOMOAFETIVOS: A concessão do direito a licença maternidade para casais homo afetivos. **Letras Jurídicas**, Belo Horizonte, n. 2, 2014. Disponível em: <<http://npa.newtonpaiva.br/letrasjuridicas/wp-content/uploads/2014/09/LJ-0236.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2015.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. **Curso de Direito Previdenciário**. São Paulo: Método, 2012.

FACHIM, Melina Girardi. O direito homoafetivo à luz dos princípios constitucionais: a policromia da fotografia da família contemporânea na moldura constitucional. In: FERRAZ, Carolina Valença et al (Org.). **Manual do direito homoafetivo**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: famílias. São Paulo: Saraiva, 2011.

MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas S.A., 2013.

MASSARO, Ana Carolina Pedrosa. A FILIAÇÃO EM FACE DA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO. O QUE DEFINE A PARENTALIDADE QUANDO OCORRE A INSEMINAÇÃO HETERÓLOGA? **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, n. 6, 2014. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/modo1_cat.php?sid=52&ssid=118&cid=57>. Acesso em: 01 mar. 2015.

RAGAZZI, José Luiz; BUENO, Sérgio Luiz José. Homoafetividade e o direito à igualdade, à liberdade, à não discriminação e o respeito à diferença. In: FERRAZ, Carolina Valença et al (Org.). **Manual do direito homoafetivo**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, Ana Paula Rocha; TAVARES, Maria Terezinha. **Adoção por homossexuais no Brasil**. Disponível em <<http://www.seer.ufu.br/index.php/horizontecientifico/article/viewFile/3832/2837>> Acesso em: 24 mar. 2015.