

REDE DE ENSINO DOCTUM
FACULDADE DE DIREITO DE JUIZ DE FORA

RICARDO FONTES TOLEDO

GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO E A CONCESSÃO DO SALÁRIO
MATERNIDADE, QUEM DETÉM A TITULARIDADE SE NÃO HÁ
REGULAMENTAÇÃO ESPECÍFICA.

JUIZ DE FORA
2020

RICARDO FONTES TOLEDO

GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO E A CONCESSÃO DO
SALÁRIO MATERNIDADE, QUEM DETÉM A TITULARIDADE SE
NÃO HÁ REGULAMENTAÇÃO ESPECÍFICA.

Artigo Científico apresentado ao Curso de Direito das Faculdades Doctum de Juiz de Fora, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito do Trabalho

Orientador: Prof. Me. Flávio Filgueira Nunes.

Juiz de Fora

2020

FICHA CATALOGRÁFICA

RICARDO FONTES TOLEDO

GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO E A CONCESSÃO DO SALÁRIO
MATERNIDADE, QUEM DETÉM A TITULARIDADE SE NÃO HÁ
REGULAMENTAÇÃO ESPECÍFICA.

Artigo Científico apresentado ao Curso de Direito
das Faculdades Doctum de Juiz de Fora, como
requisito parcial à obtenção do título de Bacharel
em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Professor Mestre Flávio Filgueiras Nunes

Professor Doutor Deo Campos Dutra

Professora Mestre Ana Cristina Koch Torres
de Assis

GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO E A CONCESSÃO DO SALÁRIO MATERNIDADE, QUEM DETÉM A TITULARIDADE SE NÃO HÁ REGULAMENTAÇÃO ESPECÍFICA.

Ricardo Fontes Toledo¹

RESUMO

O presente artigo aborda a ausência de legislação específica sobre técnicas de reprodução assistida, em especial a gestação por substituição, no que diz respeito a concessão de licença e salário maternidade. Tanto em relação à própria técnica médica, quanto aos direitos de sua efetivação, em específico ao Trabalhista inexistente norma jurídica. A única regulamentação existente é uma norma infraconstitucional, editada pela resolução CFM Nº 2168 DE 21/09/2017. Este procedimento é uma técnica de reprodução assistida muito utilizada entre pessoas que desejam a maternidade e por motivos de infertilidade não conseguem. Tal prática de reprodução assistida vem crescendo consideravelmente e com isso surge a necessidade de regulamentação deste assunto atual e de extrema relevância. O objetivo principal é elucidar quem detém a titularidade do benefício do salário maternidade, pois não há uma orientação clara, somente há previsão legal para regulamentar a situação entre gestante e adotante, o que evidencia uma lacuna em nosso sistema jurídico e a necessidade de legislação específica sobre o assunto em questão.

Palavras-chaves: Gestação por Substituição, Licença Maternidade, Evolução, Reprodução assistida.

ABSTRACT

This article addresses the absence of specific legislation on assisted reproduction techniques, in particular pregnancy by substitution, with regard to the granting of maternity leave and salary. Both in relation to the medical technique itself, as well as the rights to carry it out, especially to Labor, there is no legal rule. The only

¹ Graduando em Direito 10º Período Faculdade Doctum

existing regulation is an infraconstitutional rule, edited by CFM Resolution No. 2168 OF 9/21/2017. This procedure is an assisted reproduction technique widely used among people who desire motherhood and for reasons of infertility they cannot. This practice of assisted reproduction has been growing considerably and with this the need to regulate this current and extremely relevant issue arises. The main objective is to clarify who holds the title to the maternity wage benefit, as there is no clear guidance, there is only a legal provision to regulate the situation between pregnant women and adopters, which highlights a gap in our legal system and the need for specific legislation on the subject in question.

Keywords: Replacement Pregnancy, Maternity Leave, Evolution, Assisted Reproduction

1 INTRODUÇÃO

A partir da evolução da sociedade surge a necessidade de criação de leis para regular as novas situações. O Direito acompanha essa evolução, desde o início das civilizações o surgimento da necessidade de regulação está diretamente relacionado com essa evolução. Veja o que diz Ribas: “O direito preexiste ao legislador na consciência nacional, ele não o inventa, nem o cria; apenas o formula, e traduz em caracteres sensíveis, esclarece-o com as luzes da razão universal, e presta-lhe o apoio da força social.” (RIBAS, 1983. P. 71)

O tema abordado, conhecido como “gestação por substituição”, é uma das várias técnicas de reprodução assistida existentes no meio médico e já aparece com certa frequência no cotidiano. Com isso novos desafios também surgem, o que torna necessário falar cada vez mais sobre o assunto. Objetivando encontrar as melhores formas de atender às necessidades jurídicas desse procedimento, eis que, não existe legislação específica que trata sobre a concessão de licença maternidade no processo de gestação por substituição.

Tais técnicas são utilizadas em casais que não podem prosseguir com a maternidade, seja por problemas de infertilidade, casais homoafetivos ou até mesmo pessoas solteiras que desejam ter um descendente. As técnicas de reprodução assistida estão fundamentadas em nossa Constituição Federal, artigo 226, §7º, na lei 9.263/96 que dispõe sobre o planejamento familiar, e também no Código Civil, com as relações de responsabilidades que inclui a lista de filhos, resultado de técnicas de reprodução assistida.

Neste artigo, a pesquisa foi desenvolvida de forma qualitativa, bibliográfica e documental, apresenta o regramento da licença maternidade, a história, evolução e forma de concessão do salário maternidade no Brasil, além de explicitar o conteúdo da Resolução CFM Nº 2168 DE 21/09/2017, no que diz respeito à gestação por substituição e Investigar a titularidade do direito ao recebimento do salário maternidade, demonstrar a real necessidade da criação de uma legislação específica para tratar com clareza de um assunto que faz parte do cotidiano.

O presente estudo utilizou como base a RESOLUÇÃO CFM nº 2.168/2017, que atualmente é a única fonte jurídica sobre o assunto, cujo conteúdo inclui conceitos médicos relativos ao tema abordado bem como impõe algumas restrições ao procedimento de gestação por substituição. Também foi utilizado como fonte de pesquisa o estudo realizado pela autora Rúbia Zanotelli de Alvarenga, qual seja “A concessão do salário maternidade na gestação substitutiva”, que questiona uma lacuna na legislação para tratar de forma específica um assunto de grande relevância em nosso cotidiano.

2 GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO

Com a formação de casais, surge a expectativa da perpetuação da vida, que se faz através de um planejamento familiar e a possibilidade da geração de descendentes. A partir do momento que se descobre a impossibilidade da concepção devido a problemas de infertilidade surge também conflitos conjugais que podem interferir no relacionamento das famílias.

E como destaca Fernando David de Melo Gonçalves (2009, p. 23):

“Desde a Antiguidade, os casais não aceitam a esterilidade como limitação ao seu direito à procriação. Aliás, os direitos sexuais e reprodutivos sempre foram tratados como tabus, mas, graças aos movimentos feministas, vêm sendo discutidos com mais amplitude, o que inclui a adoção de políticas públicas voltadas para a saúde reprodutiva.”

Segundo Ferraz (2001, p.39), “a infertilidade de um casal era motivo de degradação familiar, podendo, inclusive dar causa à anulação do casamento. A fertilidade era considerada uma dádiva divina”

A impossibilidade da concepção devido a problemas reprodutivos ou no caso das relações homoafetivas impede o planejamento familiar do casal. A medicina está passando por grandes avanços e trazendo novas técnicas e modalidades para ajudar essa demanda tão sonhada. Nesse contexto, surge a reprodução assistida que é um conjunto de técnicas que surgiram com o objetivo de ajudar a realização da gestação.

A gestação por substituição é uma técnica médica de reprodução assistida utilizada em situações que uma mulher gera o embrião de outra mulher impossibilitada por alguma limitação física ou hormonal de engravidar. Esse procedimento permite que uma mulher consiga ter um filho biológico por meio de uma barriga solidária, sem nenhum custo ou contra partida financeira gerado por outra mulher que cede solidariamente seu útero para a gestação. Tal técnica teve início na década de 70, com a descoberta da reprodução assistida.

A barriga solidária surgiu logo após o nascimento do primeiro bebê concebido por fertilização *in vitro*² ocorrido nos Estados Unidos, onde tal prática é autorizada de forma comercial. Essa técnica é indicada para pacientes que possuem algum tipo de limitação na concepção de gravidez, tais como, ausência de útero, alterações que por algum motivo impeçam a gravidez e que não seja corrigido através de cirurgia, quando há risco de morte da paciente pela gravidez ou após várias tentativas de concepção sem êxito.

² A fertilização *in vitro* é uma biotecnologia onde todos os processos fisiológicos: maturação folicular, fertilização e desenvolvimento embrionário são obtidos em laboratório *in vitro*, fora do útero animal, ao contrário da clássica transferência de embriões (TE), é a base de todas as técnicas de reprodução assistida (DICIONÁRIO DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA, 2004)

Hoje em dia, também é utilizada entre casais homoafetivos que tem a vontade de ter filhos biológicos, mas não podem devido às limitações de gênero, e pessoas solteiras que também queiram a maternidade. Esta técnica possui vários sinônimos, tais como: gestação por sub-rogação, barriga solidária, cessão temporária do útero. A técnica de reprodução assistida é uma alternativa para as pessoas que por algum motivo não podem exercer a condição de gerar o próprio filho. Tal técnica consiste na utilização de vários meios de introdução do óvulo na mulher que irá receber e gerar o embrião. Esse direito está garantido na Constituição Federal como o livre planejamento familiar.

A reprodução assistida está fundamentada por comparação no artigo 226 §4º da Constituição Federal de 1988, além de constar nos artigos VII e XVI da Declaração dos Direitos Humanos, e tem como princípios a dignidade da pessoa humana, a paternidade responsável e o planejamento familiar, este elucidado pela lei 9.263/96 que instrui a maneira que se deve fazer o planejamento e a evolução familiar, também constantes do CPC 2002, inclui filhos provenientes de casamento e os que resultarem de técnicas de Reprodução Assistida. No art. 9º da Lei 9.263/2006, é garantindo a preocupação com a saúde reprodutiva das pessoas, sendo possível a utilização de todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitas, e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.

A gestação por substituição tem sido cada vez mais utilizada por casais inférteis e principalmente por casais homoafetivos, devido a impossibilidade física de se gerar um filho, sendo o caso da gestação compartilhada, que o óvulo de uma mulher e o embrião são fecundados e introduzidos no útero de sua parceira. Geralmente esse procedimento deve ser custeado com recursos dos próprios pais biológicos, uma vez que não fazem parte do Rol de doenças da ANS, sendo desobrigada a participação de planos de saúde, porém em recente decisão proferida pela maioria de votos a Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de Mato Grosso proferiu sentença favorável a detentora de uma barriga solidária em relação ao plano de saúde. Os desembargadores entenderam que tal procedimento são direitos constitucionais para a

construção de uma família, seu planejamento, a reprodução humana e a maternidade ou paternidade, conforme julgado abaixo:

“Se a própria agravada estivesse grávida, faria jus à cobertura contratual de todos os procedimentos e atendimentos correlatos, visto que já cumprido o prazo de carência. Logo, não há mínimo indício de prejuízo para o sistema solidário e atuarial da agravante. É juridicamente possível e contratualmente viável a inclusão de parentes do titular do plano de saúde na condição de dependentes, tanto assim que não é essa a discussão principal da autora. A cunhada da autora não deixará de estar obrigada ao pagamento das respectivas mensalidades, a ela só será transferido o gozo dos direitos contratuais já adquiridos pela titular que, aliás, não poderá fruí-los, tendo de se submeter a todo esse contexto por motivos alheios à sua vontade.”

(N.U 1000482-50.2020.8.11.0000, CÂMARAS ISOLADAS CÍVEIS DE DIREITO PRIVADO, SERLY MARCONDES ALVES, Quarta Câmara de Direito Privado, Julgado em 22/01/2020, Publicado no DJE 22/01/2020)

Apesar de muito utilizada e popularizada tem várias limitações no Brasil, pois não existe uma legislação clara que regulamente tal técnica, inclusive a comercialização é totalmente proibida, por se enquadrar de forma comparada no ordenamento jurídico brasileiro como doação de tecidos e órgãos pela atual legislação.

A gestação por substituição segue a regulamentação da Resolução CFM Nº 2168 DE 21/09/2017, que em capítulo próprio trata que a pessoa cedente do útero de forma temporária deve pertencer ao quadro familiar com parentesco até o 4º grau de um dos doadores, ou seja, mãe, filha, avó, tia ou prima, caso não se enquadre aos critérios de parentesco, deve ser solicitado autorização prévia ao Conselho Regional de Medicina, e não pode ter função comercial ou algum tipo de envolvimento financeiro. Por ser um procedimento médico, deve ser realizado em clínicas especializadas, com profissionais qualificados no assunto, com médicos ginecologistas obstetras, ginecologistas, psicólogos e demais profissionais. A mulher doadora e a receptora, devem passar por avaliações médica e psicológica antes de iniciar a técnica da cessão temporária do útero. A cessionária do útero assina um termo de consentimento que

evidencia que cederá seu útero para a implantação de material genético e não terá nenhum direito sobre o embrião implantado tais como direito de guarda ou visita, pensão alimentícia ou direitos sucessórios por exemplo. Já o cessionário do material genético tem todos os direitos e deveres em relação ao embrião, quando se trata de um casal, que receberá o bebê, deverá ser feito um termo de concordância entre os pais, aceitando tal procedimento. Em relação ao registro dos bebês nascidos a partir da técnica de reprodução assistida, já há matéria regulamentada através do Provimento 52/2016 do CNJ, que dispõe sobre os requisitos e documentos necessários para a emissão de certidão de nascimento ficando claro que a genitora não constará no registro dos filhos advindos de reprodução assistida.

Há vários questionamentos jurídicos e doutrinários sobre o assunto, e com uma lacuna no Direito Brasileiro existe a necessidade de regulamentação do tema, pois atualmente, estamos caminhando a passos largos na evolução humana, e com isso há a necessidade de discussão sobre novos assuntos que estão surgindo com nossa evolução.

3 A LICENÇA E O SALÁRIO MATERNIDADE NO BRASIL

No início dos tempos, os trabalhadores se sujeitavam a imensas jornadas de trabalho, sem nenhum tipo de proteção. Com o passar dos anos e a partir da aprovação do Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, com o surgimento da CLT os trabalhadores brasileiros adquiriram vários direitos, dentre eles a licença e o salário maternidade que à época eram concedidos apenas às trabalhadoras, atualmente tais benefícios estão nos artigos 391 e 392 da CLT. “Trata-se de uma interrupção do contrato de trabalho, eis que essa licença-maternidade, concedida nos termos do art. 392, garante o afastamento em questão sem prejuízo do emprego e do salário, também configurando hipótese de interrupção do contrato de trabalho”. (BACHUR; MANSO, 2011, p. 111).

É importante deixar claro que a licença maternidade e o salário maternidade são institutos distintos, no caso da licença maternidade, a segurada faz jus a um repouso de 120 ou 180 dias dependendo do empregador que aderiu ao Programa Empresa

Cidadã, ou não, sendo esse período contado como tempo de serviço, para aposentadoria e férias, incluindo recolhimento de FGTS. No caso de salário maternidade, a segurada ou segurado tem o direito ao salário durante o período da licença, dessa forma, a segurada ou segurado tem o direito de receber o benefício no momento do afastamento.

De acordo com Bachur e Manso (2011), a Licença à Maternidade possui caráter trabalhista enquanto o salário-maternidade possui natureza jurídica previdenciária. Devido à evolução da sociedade e a necessidade de adaptação da norma à realidade atual houve a conquista desses direitos e a extensão a outros grupos. A redação dada pela Lei nº 12.873, de 2013 que inicialmente concedeu esses direitos somente à mãe biológica ampliou também para o segurado (ou segurada) que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança, não havendo mais diferença entre o período de licença de acordo com a idade da criança fixando o período a 120 dias.

Segundo Bachur e Manso (2011, p. 59), nos casos de adoção, “Pode iniciar-se, ainda, a partir da data do deferimento da medida liminar nos autos de adoção ou da data da lavratura da Certidão de Nascimento do adotado.”

Além disso, a licença maternidade está garantida pelo artigo 7º, inciso XVIII da Constituição Brasileira, que consiste em conceder à mulher que deu à luz licença remunerada de 120 dias. Essa licença tem início a partir do 28º dia antes do parto, e a ocorrência deste, e no caso de adoção, a partir da sentença judicial transitada em julgado, até 120 dias dado o fato gerador, que no caso de parto, com apresentação de atestado médico poderá ser estendida em 2 semanas.

“Os atestados médicos serão fornecidos pelo SUS, exceto no caso de a empresa dispor de serviço médico próprio ou em convênio com o SUS, quando o atestado deve ser fornecido pelo serviço médico da empresa. O atestado médico deverá indicar os períodos antes e após o parto e a data do afastamento do trabalho. O início do afastamento será determinado pelo atestado médico. Quando o parto ocorrer sem acompanhamento médico, o atestado será fornecido pela perícia médica do INSS”. (MARTINS, 2007, p. 59)

Inicialmente, a licença era de 84 dias, e paga diretamente pelo empregador, que causavam um desconforto e uma grande restrição das mulheres ao mercado de

trabalho. Além disso, as gestantes, não tinham nenhum tipo de garantia de seu emprego. “Em razão disso, as mulheres sujeitavam-se a jornadas de 14 a 16 horas por dia, salários baixos, trabalhando em condições prejudiciais a saúde e cumprindo obrigações além das que lhes eram possíveis, só para não perder o emprego.” (MARTINS, 2007, p. 583)

Atualmente, o salário-maternidade é de responsabilidade da Previdência Social, mas é pago pela empresa, no caso de empregado, e caberá a empresa fazer as devidas compensações. “A retribuição correspondente à licença compulsória da gestante, à sua prorrogação em circunstâncias excepcionais antes e após o parto, como também o afastamento na hipótese de aborto não criminoso, é denominada salário-maternidade, nos termos do art. 71 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Ele é devido à segurada da Previdência Social, sendo pago diretamente pelo INSS (art. 93 do Decreto nº 3.048, de maio de 1999, com a nova redação dada em novembro do mesmo ano).” (BARROS, 2009, p. 1105);.

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. Uma vez que nossa Constituição não faz distinção entre filhos adotados ou biológicos, conforme consta no art 227 § 6º.

“Pelo fato de a própria Constituição Federal garantir a proteção à maternidade, há a necessidade de preservar o direito ao salário e à licença da adotante e da guardiã nos períodos determinados por lei, sem que seja concedido o salário-maternidade, mas sim um novo benefício que ampare a ocorrência do mencionado fato gerador”. (RIBEIRO, 2009, p. 125).

Em se tratando de adoção por casal homoafetivo, sendo ambas as adotantes mulheres, somente uma das duas poderá receber o benefício, mesmo se constar no registro o nome de duas mães, no caso de dois homens, será aplicado a norma em relação a adoção monoparental, que é o tipo de adoção por pessoas viúvas, solteiras, ou divorciadas, que por analogia com a obrigação de resguardar o melhor interesse da criança, terá o adotante o direito a licença maternidade ou paternidade como abaixo:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. LICENÇA ADOTANTE. INÍCIO DO GOZO. EFEITOS RETROATIVOS. IMPOSSIBILIDADE. PREJUÍZO AO SERVIDOR. MUDANÇA DO DIES A QUO. EQUIPARAÇÃO À LICENÇA MATERNIDADE. 120 DIAS E PRORROGAÇÃO. POSSIBILIDADE. CONCESSÃO. RECURSO QUE SE DÁ PROVIMENTO.

[...] 4. O destinatário do direito a licença a adotante não é outro senão o adotado, e é exatamente por isso que independe do sexo do adotante 5. Noutro ponto, é corolário lógico, a partir da promulgação da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, da isonomia de tratamento dispensado aos filhos legítimos, ilegítimos e adotados (art. 227, § 6º), bem como a mãe biológica e à mãe adotante, extensível ao pai solteiro adotante, que por sua vez concentra, numa só pessoa, a figura paterna e materna. Períodos de licenças diferenciados incontrovertidamente injustificados.6. Equiparação de períodos possível a partir da interpretação das normas de direito público de proteção da criança. 7. Tem o servidor público solteiro direito a licença adotante de 120 (cento e vinte) dias e mais a possibilidade de prorrogação por 60 (sessenta) dias, nos moldes traçados pelo Art. 207 da Lei nº 8.112 /90 c/c alínea a, inciso I, parágrafo 3º , do art. 2º do Decreto Federal nº 6.690 /08.8. Recurso que se dá provimento. (TRE-PA, RECURSO ADMINISTRATIVO - RA 4588 PA).

Não podemos deixar de fora a lei nº 11.770/2008 instituiu o Programa Empresa Cidadã, com a finalidade de prorrogar por mais 60 dias, a duração da licença maternidade de 120 dias prevista no inciso XVIII, do artigo 7º, da Constituição Federal, totalizando 180 dias, além de aumentar em mais 15 dias o tempo de licença paternidade, totalizando 20 dias.

Em uma comparação com a legislação internacional, desde sua fundação, em 1919, a Organização internacional do Trabalho (OMT), faz recomendação a seus países membros que ofereçam as trabalhadoras algum tipo de benefício em relação a maternidade, e grande parte dos países membros possuem legislações próprias que tendem a dar uma proteção as mulheres gestantes e após o parto. Fazendo uma comparação entre os países membros, pode se dizer que, cada pais estabelece regras para concessão de tal benefício, algumas mais rígidas, outras mais brandas, umas dispões de mais tempo de benefício, outras de menos, e nessa comparação, podemos afirmar que a legislação brasileira esta em conformidade com a maioria dos países

membros designando um benefício razoável as detentoras do direito a licença maternidade. Vejamos o que diz a Convenção nº 103:

CONVENÇÃO Nº103 "Convenção Sobre o Amparo a Maternidade (REVISTA 1952)

Ar.t III - 1. Toda mulher a qual se aplica na presente convenção tem direito, mediante exibição de um atestado médico que indica a data provável de seu parto, a uma licença-maternidade.

2. A duração dessa licença será de doze semanas, no mínimo; uma parte dessa licença será tirada obrigatoriamente depois do parto.

3. A duração da licença tirada obrigatoriamente depois do parto será estipulada pela legislação nacional, não será, porém, nunca inferior a seis semanas; o restante da licença total poderá ser tirado, segundo o que decidir a legislação nacional, seja antes data provável do parto, seja após a data da expiração da licença obrigatória, ou seja , ainda uma parte antes da primeira destas datas e uma parte depois da segunda.

A prescrição do pedido se dá com a edição da Lei nº. 9.528/1997, que alterou a Lei nº. 8.213/1991 foi definindo um prazo máximo de 5 anos para a prescrição de toda e qualquer ação voltada ao recebimento de prestações vencidas, passando a incluir as prestações de salário maternidade não requeridas por qualquer segurada no momento do fato gerador. Fato esse que beneficiou principalmente as seguradas em regiões rurais, onde sequer sabiam do direito ao benefício. A segurada especial, que tinha o benefício prescrito no prazo de 90 dias após o parto, foi a maior beneficiária da nova legislação.

Está em tramitação a PEC 01/2018, que além de solicitar o aumento da licença maternidade para 180 dias, aumenta também a licença paternidade de 5 para 20 dias, e em Dezembro de 2019, a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ) da Câmara dos Deputados aprovou o parecer PEC 158/2019 que amplia a licença-maternidade dos atuais 120 dias para 180 dias para todas as trabalhadoras, incluindo as Deputadas e Senadoras, também em tramitação na Camara dos Deputados, o Projeto de lei 2765/2020 que Institui normas de caráter transitório e emergencial para proteção de bebês e puérperas durante a vigência da situação de emergência de

saúde pública de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020; do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 06, de 2020; ou, transcorridas suas vigências, enquanto durarem medidas de quarentena e restrições de atividades no contexto da pandemia do novo coronavírus (SARS-CoV-2), prevê a ampliação para 180 dias a licença maternidade com intenção de garantir condições de cuidado dos filhos pelas mães em tempos de pandemia. Além disso, prevê o aumento da licença paternidade de 5 para 45 dias e a criação do cuidador, que, estende por mais 180 dias a licença de um dos pais para que poderá ser de forma compartilhada a critério dos genitores.

4. DA TITULARIDADE DA LICENÇA MATERNIDADE E DO SALÁRIO MATERNIDADE NO CONTEXTO DA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO

Apesar da Gestação por Substituição ser uma técnica muito utilizada e atual, prevista na resolução do CRM, tal técnica não tem respaldo em nossa legislação, que não consegue acompanhar a evolução da medicina, deixando clara a existência de uma lacuna de grande importância nos dias atuais.

Com base em nossa legislação, o salário maternidade é devido à segurada gestante por 120 dias a contar da data do parto, ou no caso de adoção, da data da sentença devidamente transitada em julgado, sendo assim considerado o fato gerador. Já a licença maternidade, tem possibilidade de início de 28 dias antes do parto, com duração total de 120 dias que poderá ser acrescida de duas semanas sem prejuízo a beneficiária. No caso de adoção, o segurado terá direito ao benefício pelo prazo de 120 dias a contar da data da sentença devidamente transitada em julgado. Também fica claro que o benefício não poderá ser concedido a mais de uma pessoa. Se tratando de Gestação por substituição, como há ausência de previsão legal, não havendo lei específica que trata o assunto, tanto a geradora do filho, quanto a mãe biológica deverá ter o direito, pois deverá ser utilizada a analogia com outras leis para que não se prejudique as partes, e que não ofenda os direitos traçados pela Constituição Federal de 1988. Dada interpretação do art. 4º. do Código Civil, “quando a lei for omissa, o juiz

decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

A interpretação extensiva por analogia envolve duas fases: a constatação e um juízo de valor das lacunas, levando à decisão do magistrado, que atenderá aos fins sociais a às exigências do bem comum. É, pois, um processo revelador de normas implícitas, com fundamento na igualdade jurídica, em razões relevantes de similitude e na teleologia. Se o caso sub judice não estiver previsto, sendo o elemento de identidade entre eles fundamental, se justifica a aplicação da analogia. Esta pode ser desmembrada em analogia legis (aplicação de uma norma existente) e a analogia juris (conjunto de normas do qual se extrai elementos de aplicabilidade no caso concreto não contemplado e similar) (DINIZ, 2005, p. 174)

Veja o que diz nossa Doutrina em relação ao processo de gestação por substituição a mãe biológica e a genitora: “A segurada que acolhe em seu útero o embrião de algum casal e o gesta, durante a gravidez, tem direito ao salário-maternidade, ainda que não seja a mãe da criança”. (MARTINEZ, 2007, *apud* BACHUR; MANSO, 2011, p. 167).

Para Bachur e Manso (2011), a mãe hospedeira e a mãe genética devem receber o salário-maternidade e a licença à maternidade de 120 dias, ainda que a legislação previdenciária e a trabalhista sejam omissa quanto à maternidade substitutiva. Deve-se observar o caso de adoção, em que tanto a mãe que adota, como a que coloca o filho para adoção podem fazer jus aos benefícios.

Vejam os que já consta em nossa jurisprudência:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. LICENÇA MATERNIDADE. PRAZO DE 180 DIAS. FERTILIZAÇÃO “ IN VITRO” EM “ BARRIGA DE ALUGUEL” . DANOS MORAIS. INEXISTÊNCIA.

No tipo de concepção apresentado, fertilização in vitro para o desenvolvimento do feto no útero de outra mulher, a mãe biológica, embora não sofra com os procedimentos da gestação e do parto, é submetida a diversos outros procedimentos a fim de propiciar referida fertilização, além de acompanhar diuturnamente seu filho sendo gestado em útero alheio, o que significa,

necessariamente, conseqüências psicológicas típicas de uma mãe gestante. Já em relação à mãe adotante, a mesma não é submetida, ao menos em tese, a qualquer procedimento de intervenção médica, não chegando, inclusive, na maioria das vezes, a acompanhar a gestação ou a presenciar o parto. Conforme já realçado acima, o benefício em questão é promovido para suprir uma necessidade imediata da criança, cujo bom desenvolvimento físico e mental depende da atenção que lhe é dada, principalmente pela mãe, nos primeiros meses de vida. A mãe também necessita de tempo para se dedicar aos filhos, mormente quando se trata de trigêmeos, como no caso em análise. Uma que uma mãe em tal situação aproxima-se mais da condição da mãe gestante do que da condição de mãe adotante, porquanto a distinção entre essas duas é justamente o laço genético havido com a criança, sendo a mãe que opta por conceber um filho através de aludido método mãe biológica tal qual uma mãe gestante. Pelo exposto, verificados os motivos acima, é de se entender que o tratamento legal em que se enquadra a autora deve ser o mesmo da mãe gestante, sendo-lhe, pois, devido o benefício da licença maternidade a ser gozado no período de 180 (cento e oitenta) dias APELAÇÃO CÍVEL Nº 534999 PE (0004161-23.2011.4.05.8300)

Maria Helena Diniz se manifesta sobre gestação por substituição da seguinte forma: “Constitui uma ofensa à dignidade da mulher, por levar ao “meretrício do útero”, por degradar a mulher a mero organismo reprodutor e mercenário e por haver instrumentalização da mulher como organismo sexual, por ofender a dignidade e a integridade psíquica do nascido.” (2002; p. 505)

Nosso ilustre doutrinador Moraes enfatiza: “A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que trás consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se de um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAES, 2002, p.128/129.).

Dessa forma, há de se respeitar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, uma vez que a não concessão do benefício a ambas seguradas, ofende diretamente tal princípio.

5. CONCLUSÃO

A evolução da sociedade e dos meios de reprodução assistida vem dando novas possibilidades de existência de famílias antes tecnicamente impossíveis de se existir, casais heterossexuais com problemas de fertilidade, casais homoafetivos sem a menor condição de gerar os próprios filhos, com isso, a legislação tem um dever de acompanhar essa evolução. Considerando que as técnicas de reprodução humana assistida estão sendo cada vez mais evoluídas, aperfeiçoadas e utilizadas, há que se garantir segurança jurídica aos envolvidos no processo da gestação por substituição. A necessidade de abordar o assunto é cada vez mais evidente devido a nítida ausência de legislação específica.

Há diversos projetos de lei, entre eles o PL 115/2015 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, porém não fala sobre a regulamentação de direitos trabalhistas quanto às mães geradoras e biológicas, apenas sobre as técnicas de reprodução humana, deixando novamente uma lacuna no tão necessário assunto. Tal inovação proposta neste trabalho tem como demonstração uma clara utilização de normas infraconstitucionais, evidenciando que em nossa tradição jurídica existem muitos assuntos a serem tratados, dessa forma, evidencia-se a necessidade de criação de legislação específica, pois ainda não temos no ordenamento jurídico legislação pertinente ao assunto abordado, uma vez que inúmeras lides poderão surgir, e enquanto tal fato não ocorre, que os benefícios da licença e do salário maternidade sejam concedidos também a autora que idealizou o projeto parental, e não somente a gestante. Como se verifica, o tema sobre a Reprodução assistida, em especial a gestação por substituição cria inúmeros dilemas entre os avanços científicos e a legislação atual, sendo possível harmonizar a utilização

da ciência e a normatização da legislação, adaptando e aderindo a norma jurídica as novas realidades.

Diante dos argumentos expostos, conclui-se a necessidade de criação de um sistema normativo amplo e atual sobre a Reprodução assistida, em especial a gestação por substituição é objetiva, e como exposto neste trabalho, temos vários conflitos sobre o assunto, e também algumas propostas de regulamentação, porém o assunto é muito extenso, e merece uma atenção especial, uma vez que se trata de um tema em constante evolução.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli, **A concessão do salário maternidade na gestação substitutiva.** Ambito Juridico 2010. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-previdenciario/a-concessao-do-salario-maternidade-na-gestacao-substitutiva/#_ftn19> Acesso em 03/11/2019

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.

ANSILIERO, Graziela; RODRIGUES, Eva Batista de Oliveira. **Histórico e Evolução Recente da Concessão de Salários-Maternidade no Brasil.** Previdência Social, 2007 Disponível em <http://sa.previdencia.gov.br/site/arquivos/office/3_090213-144507-483.pdf> Acesso em 11/05/2020

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Brasília: Senado Federal, 1988

BRASIL. **LEI Nº 9.263, DE 12 DE JANEIRO DE 1996.** Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências, Brasília,DF, Dez 2019

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. **Legislação brasileira sobre doação de órgãos humanos e de sangue**. – 2. ed. – Brasília. Edições Câmara, 2009. 81 p. – (Série legislação ; n. 24)

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. **PEC 158/2019**. Altera os arts. 7º e 56 da Constituição Federal ampliando para 180 dias a licença maternidade da trabalhadora e institui a licença maternidade para Deputadas e Senadoras. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=945504>> Acesso em 14/06/2020

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. **PEC 2765/2020**. Institui normas de caráter transitório e emergencial para proteção de bebês e puérperas durante a vigência da situação de emergência de saúde pública de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020; do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 06, de 2020; ou, transcorridas suas vigências, enquanto durarem medidas de quarentena e restrições de atividades no contexto da pandemia do novo coronavírus (SARS-CoV-2). Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1895296&filename=Tramitacao-PL+2765/2020> Acesso em 16/06/2020

BRASIL. Congresso. Senado. **PEC 01/2018**. Altera os incisos XVIII e XIX do art. 7º da Constituição Federal, para ampliar a duração da licença-maternidade e da licença-paternidade. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132207>> Acesso em 16/06/2020

CASTRO, Maria do Perpétuo. A **Concretização da Proteção da Maternidade no Direito do Trabalho**. Revista LTr, vol. 69, Agosto de 2005

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3. Ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento Nº 52, DE 14 DE MARÇO DE 2016**. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3109>> Acesso em 21/06/2020

CONVENÇÃO Nº.103- **Amparo à Maternidade** (Revisão) - Texto extraído do livro “Convenções da OIT” de Arnaldo Sussekind, 2º edição, 1998.338p. Ed.LTr

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Fernando David de Melo. **Revista Jurídica Consulex**, Ano XIII, nº 291, 28 de fevereiro de 2009, p. 23.

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

FIGUEIREDO, Antônio Borges de; OLIVEIRA, Marcela Gallo de. **Salário Maternidade no RGPS**. São Paulo: LTr, 2007.

HORVATH, Júnior Miguel. **Salário Maternidade**. São Paulo: Quartier latin, 2004.

NUNEZ, Ben. **Barriga Solidária**. Brasil Escola 2020. Disponível em <<https://meuartigo.brasilecola.uol.com.br/direito/barriga-solidaria.htm>> Acesso em 13/06/2020

PARREIRA, Natalia. **Aspectos relevantes acerca da proteção à maternidade**. Ambito Juridico 2020. Disponível em <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-93/aspectos-relevantes-acerca-da-protecao-a-maternidade/>> Acesso em 14/06/2020

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Previdência Social para Principiantes**. São Paulo: LTr, 2007.

MEIRELLES, Jussara. **Gestação por Outrem e Determinação na Maternidade: Mãe de Aluguel**. Curitiba: Genesis, 1998.

RESOLUÇÃO CFM nº **2.168/2017** Publicada no D.O.U. de 10 nov. 2017, Seção I, p. 73
Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida
BRASIL. DECRETO-LEI Nº 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho, Brasília, DF, Dez 2019

RIBAS, Conselheiro Antônio Joaquim. **Direito Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1983. P. 71.

SAITO, Lígia. **Plano de saúde deve estender benefícios do convênio à barriga solidária**. TJMT 2020 Disponível em
<https://www.tjmt.jus.br/noticias/59320#.Xu_PjmhKjIU> Acesso em 21/06/2020

STJ JURISPRUDÊNCIA. **EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. LICENÇA MATERNIDADE. PRAZO DE 180 DIAS. FERTILIZAÇÃO “IN VITRO” EM “BARRIGA DE ALUGUEL”. DANOS MORAIS. INEXISTÊNCIA**, Relator JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI, Pernambuco, 2012, Disponível em
<<http://tmp.mpce.mp.br/orgaos/CAOCC/dirFamilia/eventos/5-MINICURSO.Acordao-TRF5-PE-Licenca.Maternidade.Gestacao.por.Substituicao.pdf>> Acesso em 14/06/2020