



CENTRO UNIVERSITÁRIO VALE DO SALGADO
CURSO DE DIREITO

FRANCIMÁRIO ALVES DE OLIVEIRA JÚNIOR

O SALÁRIO-MATERNIDADE NA GESTAÇÃO SOLIDÁRIA

ICÓ-CE
2023

FRANCIMÁRIO ALVES DE OLIVEIRA JÚNIOR

O SALÁRIO-MATERNIDADE NA GESTAÇÃO SOLIDÁRIA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro Universitário Vale do Salgado/UniVS, Curso de Direito, como requisito para a obtenção de nota da disciplina Trabalho de Curso II.

Orientador(a): Me. Romeu Tavares Bandeira

FRANCIMÁRIO ALVES DE OLIVEIRA JÚNIOR

O SALÁRIO-MATERNIDADE NA GESTAÇÃO SOLIDÁRIA

Trabalho de Conclusão de Curso (TCC II) do curso de bacharelado em direito do Centro Universitário Vale do Salgado (UNIVS) a ser apresentado como requisito para obtenção de nota.

Aprovado em _____/_____/_____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Romeu Tavares Bandeira
Centro Universitário Vale do Salgado
Orientador

Prof. Me. Brian O'Neal Rocha
Centro Universitário Vale do Salgado
1º examinador

Prof.^a. Dr.^a. Layana Dantas de Alencar
Centro Universitário Vale do Salgado
2ª examinadora

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
2 REFERENCIAL TEÓRICO	10
2.1 O SALÁRIO-MATERNIDADE NA GESTAÇÃO SOLIDÁRIA	10
2.2 O SALÁRIO-MATERNIDADE A LUZ DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO.	10
2.3 A BARRIGA SOLIDÁRIA E OS DIREITOS PREVIDENCIÁRIOS DECORRENTES DA MATERNIDADE	13
2.4 O QUE A DOCTRINA, INSS E TRIBUNAIS DIZEM SOBRE O TEMA.....	15
CONSIDERAÇÕES FINAIS	19
REFERÊNCIAS	21

LISTA DE SIGLAS

CF	Constituição Federal
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CNIS	Cadastro Nacional de Informações Sociais
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
LBPS	Lei de Benefícios da Previdência Social
OIT	Organização Internacional do Trabalho
RGPS	Regime Geral de Previdência Social
TNU	Turma Nacional de Uniformização
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TRF	Tribunal Regional Federal

O SALÁRIO-MATERNIDADE NA GESTAÇÃO SOLIDÁRIA

Francimário Alves de Oliveira Júnior¹
Romeu Tavares Bandeira²

RESUMO

Este trabalho vem analisar a questão da possibilidade de concessão do salário-maternidade na nos casos de gravidez por meio da reprodução assistida conhecida no ordenamento jurídico como gestação por substituição, haja vista o crescimento da procura desse método gestacional no Brasil nos últimos anos, onde, não existem leis regulamentadoras para este avanço científico, apenas legislações e normas que são usadas por analogia. A grande problemática desse artigo é a respeito dos direitos previdenciários das mulheres envolvidas em uma gestação por substituição, mais precisamente, como a cedente do útero ser detentora do salário-maternidade. Assim considerando o que já foi apresentado e adotando uma análise bibliográfica e qualitativa, tendo o apoio do que já foi publicado em artigos, revistas, decisões judiciais, jurisprudência trabalhista e previdenciária e por meio do entendimento de doutrinadores contra e a favor sobre o tema, observar como o tema vem sendo tratado no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Barriga solidária. Gestação por Substituição. Salário-maternidade.

ABSTRACT

This paper analyzes the issue of the possibility of granting maternity pay in cases of pregnancy through assisted reproduction known in the legal system as gestation by substitution, given the growth in demand for this gestational method in Brazil in recent years, where there are no laws regulating this scientific breakthrough, only laws and rules that are used by analogy. The major problem of this article is about the social security rights of women involved in a gestation by substitution, more precisely, as the transferor of the uterus to be entitled to maternity pay. Thus, considering what has already been presented and adopting a bibliographic and qualitative analysis, having the support of what has already been

¹ Graduando em Direito do Centro Universitário Vale do Salgado

² Professor universitário. Mestre em Direito pela UFPB.

published in articles, journals, court decisions, labor and social security jurisprudence and through the understanding of scholars in favor and against the subject, observe how the issue has been treated in Brazil.

KEY WORDS: Supportive Belly. Surrogate pregnancy. Maternity Allowance

INTRODUÇÃO

É papel do direito, como uma Ciência Social, acompanhar a evolução da sociedade. E, nesse sentido, a gestação por meio da barriga solidária tem atraído a atenção de diversos grupos sociais, como pessoas solteiras que desejam ser pai ou mãe, mas não querem realizar esse sonho pelos meios comuns. Ainda pode-se citar os casais homoafetivos que buscam a barriga solidária como meio de formar uma família. Entretanto, ainda não temos em nosso país uma lei que determine como esse procedimento deve ser feito e, principalmente, que regule os direitos previdenciários tanto dos pais da criança quanto da mulher que cede sua barriga.

Como a gestação solidária, na modernidade, irá se tornar um meio quase que comum para realizar o sonho da maternidade ou paternidade de muitas pessoas, o tema do presente estudo se mostra relevante para a sociedade, tendo em vista que, pela falta de lei para regular o assunto, muitas dúvidas surgem acerca dos direitos e deveres de quem busca o procedimento e de quem cede o seu útero para gestar um bebê de outra pessoa.

Desse modo, o direito que gera mais dúvida é em relação ao salário-maternidade, que é o benefício devido à segurada do Regime Geral da Previdência Social que se afasta de sua atividade por motivo de nascimento de filho, aborto não criminoso, adoção ou guarda judicial para fins de adoção de criança com até 8 anos de idade (BRASIL, 1991).

Segundo o Informe da Previdência Social, no Brasil, "o direito da mulher à licença-maternidade foi introduzido pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), nos Arts. 392, 393 e 395 da CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943".

Embora já fosse uma garantia legal, o benefício não estava entre as prestações previdenciárias devidas aos segurados. Apenas na década de 1970, o salário-maternidade foi incluído entre as prestações da Previdência Social a partir da edição da Lei nº 6.136, de 7 de novembro de 1974, ainda que somente para as seguradas empregadas.

Na Constituição Federal de 1988, o constituinte foi além e a licença gestante foi ratificada como direito social e passou a ter duração de cento e vinte dias, nos termos do art.

7º, para as seguradas empregadas, tanto urbanas como rurais, a trabalhadora avulsa e a empregada doméstica. A Constituição Federal de 1988, no que toca especificamente à Previdência Social, determinou em seu art. 201 a proteção à maternidade, especialmente à gestante.

Em 24 de julho de 1991, foi sancionada a Lei nº 8.213/1991, conhecida como Lei Brasileira da Previdência Social (LBPS). Na seção V da referida lei, os artigos 71 a 73 regulam o benefício do salário-maternidade. Com o passar dos anos e o avanço da Ciência, em especial no tocante à maternidade, foram desenvolvidas outras formas de gerar e gestar uma criança, por meio da barriga solidária, conhecida popularmente como "barriga de aluguel". Como no Brasil é proibida a prática comercial desse método gestacional, no presente trabalho será dado o nome correto, barriga solidária e barriga de substituição, entre outros.

Na linguagem jurídica, o termo faz parte do gênero maternidade de substituição, ou cessão temporária de útero. Maria Helena Diniz usa o termo "locação de útero" ou "ventre mercenário" (DINIZ, 2006, p. 587).

A regulamentação mais recente sobre o tema é a Resolução nº 2.294 de maio de 2021, do Conselho Federal de Medicina, publicada em 15 de junho de 2021, que revogou a Resolução nº 2.168 do Conselho Federal de Medicina, publicada no Diário Oficial da União em 10 de novembro de 2017. De acordo com o Conselho Federal de Medicina, a barriga solidária ocorre pela cessão temporária de útero, sendo viável através da utilização de técnicas de Reprodução Assistida - RA, devendo a gestante de substituição pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau. Vale destacar que a Resolução CFM nº 2.294/21 inclui, além desse vínculo, que a cedente deve ter pelo menos um filho vivo (RESOLUÇÃO Nº 2.294/2021, p. 4).

A gestação de substituição permanece sendo uma possibilidade para mulheres com problemas de saúde que impeçam ou contraindiquem a gravidez, para pessoas solteiras ou em uniões homoafetivas. Desse modo, o presente trabalho usará como base a Resolução nº 2.294 de 2021 do Conselho Federal de Medicina. Também serão usados como base artigos já publicados sobre o assunto e as decisões jurisprudenciais dos Tribunais Pátrios.

Diante do avanço do método da gestação de substituição entre casais que não podem ter filhos e pela falta de regulamentação legal no Brasil, alguns casais acabam por buscar esse método em outros países que já têm alguma regulamentação sobre o assunto, como a Índia, Ucrânia, Argentina, Estados Unidos e Portugal. Ao não legislar sobre o tema, o Congresso Brasileiro acaba deixando que o Poder Judiciário tome as decisões que, em sua grande

maioria, não são uniformes e faz com que as pessoas envolvidas nesse método de gestação sempre precisem do judiciário para obter amparo do Estado em relação às benesses previdenciárias.

Assim, à luz da jurisprudência brasileira, estuda-se como os segurados do regime geral de previdência social, que se submetem ao método da barriga solidária, podem ter acesso ao benefício do salário-maternidade, levando-se em consideração que não existem leis no Brasil que tratam do tema. Portanto, como os segurados do Regime Geral da Previdência Social - RGPS que se submetem ao método da barriga solidária podem ter acesso aos direitos previdenciários, especialmente o salário-maternidade?

O presente estudo tem por objetivo entender e esclarecer, à luz da Lei nº 8.213 de 1991, o que é o salário-maternidade e os requisitos para obtê-lo, bem como se os segurados que se submetem à barriga solidária podem ter direitos previdenciários inerentes à gestação. Compreende-se os objetivos específicos da presente pesquisa que correspondem ao aprofundamento do objetivo geral: a) compreender o que é salário-maternidade e qual tratamento jurídico dado pela legislação brasileira e pela OIT; b) caracterizar a barriga solidária e analisar quais direitos previdenciários os segurados do RGPS podem ter em sua decorrência e c) estudar como a doutrina, o INSS e o Poder Judiciário estão decidindo sobre o tema.

Na atualidade, surge uma perspectiva cada vez maior das mulheres deixarem para ter filhos em idade mais avançada. Junto a isso, temos a legalização das uniões homoafetivas e inúmeras pessoas solteiras com o desejo da paternidade ou maternidade. Sendo assim, é relevante que o acadêmico de Direito e os advogados que militam na seara previdenciária, tanto administrativa como a judicial, conheçam as possibilidades existentes de acesso ao salário-maternidade, não só nos casos comuns, mas também nos meios de gestação excepcionais de casais e pessoas que recorrem ao método da gestação solidária. De fato, este é um tema recente, que vez ou outra tem sido repercutido nos programas de televisão e nas mídias sociais, deixando a sociedade e os operadores do direito com muitas dúvidas. As decisões recentes dos tribunais e até possíveis orientações do INSS podem dar um norte aos futuros profissionais da área. Para isso, é vital ter o conhecimento das mais recentes decisões acerca do tema. E devido à sua importância para a sociedade e para a vida acadêmica, o presente trabalho tem como objetivo explicar um pouco mais sobre o salário-maternidade no caso da gestação solidária. Por ser um assunto novo e sem lei, se faz importante um estudo aprofundado sobre o tema.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 O SALÁRIO-MATERNIDADE NA GESTAÇÃO SOLIDÁRIA

A gestação solidária é umas das várias técnicas de reprodução assistida que existem no meio médico e que nos últimos anos passou a aparecer com frequência nos meios de comunicação. Existem nas redes sociais vários perfis de casais que optaram por este meio de gestação. Com isso novos desafios surgem, já que não existe regulamentação jurídica sobre o assunto.

2.2 O SALÁRIO-MATERNIDADE A LUZ DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO.

O salário-maternidade é o benefício devido a(o) segurada(o) do Regime Geral da Previdência Social, tanto a urbana como a rural, que tenha se afastado do trabalho em virtude do nascimento de um filho, tenha adotado ou pelo aborto não criminoso. Previsão na Constituição da República de 1988, em seu texto, a partir do art. 7º, tratando dos direitos sociais. Dessa forma, a proteção a trabalhadora gestante é assegurada no âmbito do direito do trabalho e do direito previdenciário, por meio da Consolidação das Leis do Trabalho (DECRETO-LEI Nº 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943) e no Plano de Benefícios da Previdência Social, nos artigos 71 a 73 da Lei nº 8.213/1991 (CASTRO e LAZZARI, 2020, p. 776).

Importante salientar que já em 1919, a Organização Internacional do Trabalho, já falava da proteção a maternidade como corresponsabilidade social entre o trabalho e família. O artigo Notas da OIT sobre Trabalho e Família afirma que:

A proteção à maternidade tem sido uma questão central para a OIT desde a sua criação, em 1919. O objetivo dessa proteção é resguardar a saúde da mãe e de seu filho ou filha, bem como proteger a trabalhadora de qualquer discriminação baseada na sua condição de mãe (OIT, p. 1, 2011).

A Convenção Internacional 103 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 1952, também conhecida como “Convenção sobre o Amparo à Maternidade” adotou diversas proposições relativas à maternidade, dizendo o seguinte:

Toda mulher a qual se aplica à presente convenção tem o direito, mediante exibição de um atestado médico que indica a data provável de seu parto, a uma licença de maternidade. [...]

Art. IV — 1. Quando uma mulher se ausentar de seu trabalho em virtude dos dispositivos do art. 3 acima, ela tem direito a prestações em espécie e a assistência médica (OIT, 1952).

Ademais, no que diz respeito ao dispositivo supracitado, o artigo IV, 8, da Convenção sobre o Amparo à Maternidade trata que não é do empregador a responsabilidade de arcar com as prestações que são devidas à empregada em estado puerperal, bem como fornecer assistência médica.

Ocorre que, tal como Maurício Godinho Delgado leciona em seu livro “Curso de direito do trabalho”, até a década de 1970, muito embora o Brasil fosse país subscritor da Convenção (Decreto de Promulgação n. 58.820/1966), na prática, não existia efetiva proteção social aos critérios jurídicos por ela adotados, de forma que o empregador era quem arcava com o ônus das verbas trabalhistas oriundas do contrato de trabalho quando do afastamento de sua obreira pelo parto. Permanecia sendo aplicado, portanto, o artigo 392 da Consolidação das Leis do Trabalho com sua antiga redação, anterior ao Decreto-lei nº 229, de 28.02.1967, em seu parágrafo único: “a concessão de auxílio-maternidade por parte de instituição de previdência social não isenta o empregador da obrigação a que alude o artigo.”

Foi somente com o advento da Lei nº 6.136, de 1974, que o ônus do pagamento dos salários relativos ao período de resguardo, quando a mulher precisa se afastar de suas atividades laborativas, deixaram de ser responsabilidade do empregador e passaram a ser encargo da Previdência Social. O avanço que a Lei nº 6.136 trouxe foi muito importante, pois além de ter consolidado o salário-maternidade como uma verba de natureza previdenciária, a referida lei conferiu eficácia normativa à Convenção n. 103 da OIT, cujo critério veio a manter-se incorporado pelas leis previdenciárias brasileiras subsequentes e, de forma mais contundente pela Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988.

O advento desta lei, trouxe ao arcabouço jurídico mudanças importantes no âmbito social do trabalho que vieram a beneficiar as mulheres. Anteriormente à sua vigência, conforme já explanado, era o empregador quem arcava com o pagamento do salário-maternidade e as despesas médicas decorrentes do parto e, em decorrência disto, a contratação de mulheres era mais escassa, que em sua grande maioria eram apenas donas de casa que cuidavam do marido e dos filhos e não tinha independência financeira, dado que elas representavam um ônus a mais para o empregador, que só contratavam homens para trabalhar. Em decorrência da vigência da nova lei transferindo o encargo do salário-maternidade para a Previdência Social representou um incentivo à inserção de mulheres no mercado de trabalho. (MARTINS, 2016)

Mesmo diante do avanço na legislação, apenas com a Constituição Federal de 1988 foi que o direito ao salário-maternidade e a licença maternidade foram incorporados de forma

cabal no ordenamento jurídico brasileiro, garantindo a estabilidade no emprego para as empregadas grávidas e ampliando a licença maternidade para 120 dias com amparo oneroso totalmente do INSS.

As mudanças com o novo arcabouço jurídico foram acontecendo ao longo dos anos, com uma maior contratação de mulheres no mercado de trabalho, diminuição da quantidade de filhos, acesso maior a educação e mudanças nos papéis de gênero com uma grande quantidade de mulheres adentrando em atividades que antes eram consideradas funções masculinas (BRUSCHINI, 2007).

Com o impulso constitucional de 1988, o salário-maternidade foi regulamentado com a Lei nº 8213/1991, nos artigos 71 a 73 (BRASIL, 1991), que garante a segurada da Previdência Social, o salário-maternidade com duração de quatro meses (120 dias), tendo início entre 28 dias antes do parto e data de ocorrência do parto.

Em 1994 foi sancionada a Lei nº 8.861, de 25 de março de 1994 (BRASIL, 1994), que deu nova redação aos artigos 71 e 73 da Lei nº 8.213/1991, garantindo a segurada especial o salário-maternidade no valor de um salário mínimo, mediante a comprovação do trabalho rural mesmo que de forma descontínua, nos 12 meses anteriores ao início de benefício. A Lei nº 9.876, de 26 de novembro de 1999 (BRASIL, 1999), ampliou o rol de beneficiários do salário-maternidade, sendo conferido a segurada contribuinte individual e facultativa a concessão do benefício. Por fim, a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008 (BRASIL, 2008), criou o programa Empresa Cidadã, que garante a prorrogação do salário-maternidade as empregadas que façam parte de empresa que seja vinculada ao programa.

Ainda neste movimento de proteção a maternidade, a Lei n. 10.421, de 15 de abril 2002 (BRASIL, 2002), trouxe atualizações benéficas a CLT e a LBPS, e estendeu as seguradas do RGPS que adotarem ou se conseguirem a guarda judicial para fins de adoção de criança com idade até 8 anos, o direito a concessão do salário-maternidade com duração de 120 dias (CASTRO; LAZZARI, 2020).

Pela quantidade de leis já sancionadas e em vigor percebe-se como foi importante que a proteção a maternidade fosse introduzida na Constituição de 1988, permitindo que desde a segurada especial rural, a empregada ou a que venha a adotar ou obtiver a guarda judicial tenha o direito de dar atenção e cuidados necessários aos seus filhos nos primeiros meses de vida, por meio da concessão do salário-maternidade.

2.3 A BARRIGA SOLIDÁRIA E OS DIREITOS PREVIDENCIÁRIOS DECORRENTES DA MATERNIDADE

O avanço das tecnologias da reprodução humana criou a possibilidade de casais heterossexuais, homossexuais ou até mesmo pessoas solteiras a realizarem o sonho de ter uma família com filhos, por meio da barriga solidária, que, em breve síntese, consiste em uma tecnologia de reprodução assistida, que usa o útero de uma terceira pessoa, para gerar o filho de outro. É uma esperança para os casais ou indivíduos que desejam realizar o sonho da maternidade ou paternidade (JUNIOR, 2017).

A prática da gestação solidária tem sua regulação somente pelas resoluções do Conselho Federal de Medicina, atualmente a Resolução CFM n 2.230 de 2022, onde é disciplinado como devem ser feitos os procedimentos da reprodução assistida, como por exemplo, a doação dos gametas, quem pode doar, quem pode ceder o útero e sobre a gratuidade da gestação solidária, sendo vedada a comercialização da prática.

Por questões éticas na grande maioria dos casos, como ocorre o contato com a mulher que cede sua barriga, o apoio que ela recebe dos pais da criança, a questão do apoio financeiro não é revelada, por esse motivo existe uma grande dificuldade em incluir exemplos práticos e casos reais a respeito da aplicação dos direitos trabalhistas e previdenciários nesses casos. O que existe é encontrado apenas na pouca jurisprudência que existe, que no próximo tópico será detalhado.

Atualmente o Brasil, também dispõe sobre o tema o Provimento nº 63 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que discorre sobre a facilitação para inscrição em registro civil dos nascidos por técnicas de reprodução assistidas. A novidade da Resolução nº 63 foi a não exigência da identificação da pessoa doadora do material genético, como se vê: “Art. 8º O oficial de registro civil das pessoas naturais não poderá exigir a identificação do doador de material genético como condição para a lavratura do registro de nascimento de criança gerada mediante técnica de reprodução assistida (BRASIL).”

Ainda assim, é importante ressaltar que a Resolução do CFM não tem poder o coercitivo de uma lei, apenas efeitos administrativos no âmbito da medicina, além disso, ela não trata das questões previdenciárias e trabalhistas que estão envoltos aos que se submetem a gestação solidária, por isso é importante que surjam leis para suprir as lacunas que a inércia legislativa causa nesse tema preponderante na sociedade.

No Congresso Nacional existem diversos projetos de leis que abordam o direito a gestação por substituição, porém nenhum ainda foi apreciado, sendo um deles o Projeto de Lei no Senado nº 90, de 1999 de autoria do Senador Lúcio Alcântara.

Em relação aos direitos previdenciários que são devidas as seguradas do RGPS que dão à luz, é imperioso salientar que apenas o fato de uma mulher estar grávida, não é suficiente para a concessão do benefício. O fato gerador do salário-maternidade é o nascimento da criança, ou no caso do aborto, desde que não seja criminoso e pela adoção, devendo ainda estar em gozo da qualidade de segurado da Previdência Social. Além disso, a segurada em alguns casos tem que comprovar a carência, que é número de contribuições que ela já tem que ter vertido ao RGPS para ter direito ao benefício.

A concessão do salário-maternidade independe do número de contribuições pagas pela segurada empregada, trabalhadora avulsa e empregada doméstica, bastando que tenham a qualidade de segurada. Já para as seguradas contribuintes individuais e segurada facultativa, o prazo de carência é de dez contribuições mensais, que podem ser demonstradas pelo Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS), que são dados que o INSS mantém de quem contribuiu ou já contribuiu para o Regime Geral de Previdência Social.

Também será devido o salário-maternidade à segurada especial, desde que comprove o exercício de atividade rural nos últimos dez meses imediatamente anteriores à data do parto ou do requerimento do benefício, quando requerido antes do parto, mesmo que o trabalho campesino tenha sido de forma descontínua, desde que haja prova de retorno ao labor rural, de acordo com o art. 39, parágrafo único, da LBPS (CASTRO, 2020). Em relação ao tema, a Turma Nacional de Uniformização - TNU determinou que:

A concessão de salário-maternidade à trabalhadora rural depende da comprovação do trabalho rural no período de carência mediante a apresentação de início de prova material contemporânea ao período de carência (PEDILEF 2004.81.10.027622-3/CE, Rel. Juíza Fed. Joana Carolina L. Pereira, DJ 24.6.2010).

Percebe-se assim, que a segurada especial, que na grande maioria das vezes não contribuiu diretamente ao Regime Geral de Previdência Social, necessita comprovar por meio de documentos que exerceu o labor campesino por no mínimo 10 meses antes do parto, segundo o legislador e as jurisprudências dos tribunais superiores.

O Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 600616 RS, também tem garantido, seguindo o princípio constitucional da proteção à maternidade o direito da menor de idade que dá à luz, gozar do salário-maternidade rural, muito embora não tenha como provar a carência do benefício pois não tem documentos em nome próprio.

Toda a legislação previdenciária e trabalhista e alguns julgados aqui destacados deixam claro que em virtude do princípio da dignidade humana o norte a ser seguido é a proteção à maternidade, devendo as leis serem sempre interpretadas em favor do segurado

ou segurada do RGPS, sendo vedado pelo princípio da proibição de retrocesso social, constante na Carta Magna de 1988, qualquer lei ou regulamento do INSS que retire o direito dos trabalhadores a proteção da maternidade, garantindo assim a segurança jurídica das decisões judiciais e obrigando o intérprete, em sua hermenêutica a interpretação da lei que sempre garanta a proteção de quem busca o judiciário (SARLET, 2006).

Sendo assim o legislador quando deixa de regulamentar os métodos de reprodução assistida e as questões previdenciárias inerentes a barriga por substituição, deixando que o Poder Judiciário tenha que decidir, o que ocorre sem nenhuma uniformização, a insegurança jurídica reina no tocante a barriga solidária, sendo a mulher que cede seu útero tratada de forma desigual em relação a mãe que fica com a criança e que irá usufruir do salário-maternidade, ferindo o princípio constitucional da igualdade que segundo Alexandre de Moraes (MORAIS, 2021), deve guiar a autoridade pública a aplicar a lei e as normas de maneira igualitária, sem distinção de rico ou pobre, ou em função da cor, religião, ou do sexo.

Por esses motivos, se faz necessário que tanto o Judiciário como o Legislativo tomem atitudes para que as seguradas do INSS que suportam todas as adversidades de uma gravidez, para realizar o sonho de outra pessoa de ter um filho (a), tenham a oportunidade de ter o seu direito ao salário-maternidade.

2.4 O QUE A DOUTRINA, INSS E TRIBUNAIS DIZEM SOBRE O TEMA.

A Instrução Normativa nº 128 do INSS, não trata especificamente do assunto, mas traz alguns incisos que mostram que, administrativamente, para a mulher que doa o seu útero para gestar o filho de outra pessoa, não é reconhecido o direito ao benefício.

O benefício pode ser concedido ao homem, em virtude do disposto na Lei nº 12.873 de 2013, e a IN nº 128 do INSS em seu Art. 357, §1º reconhece que lhe é devido nos casos de adoção ou guarda judicial para fins de adoção. No entanto, o INSS não tem, pela falta de lei, instrução favorável quando o requerimento ao salário-maternidade ocorrer do mesmo fato gerador. É o que trata o Art. 357, §4º da IN nº 128 do INSS “não será devido o benefício a mais de uma segurada ou segurado, decorrente do mesmo fato gerador, seja ele parto ou adoção, ressalvado o disposto no art. 360 e no art. 359”.

Pela hermenêutica contida no parágrafo acima, entende-se que no caso do casal que decide pela gestação solidária, o salário-maternidade não será devido as duas seguradas, a mãe biológica e a que cede o seu útero, apenas a mãe biológica, tendo em vista que a que

emprestou seu útero não terá nenhuma ligação maternal com o recém-nascido. Em relação a doutrina e jurisprudência, os posicionamentos são os mais variados e divergentes, justamente pela ausência de previsão legal sobre o assunto.

O Brasil ainda segue a premissa do *mater semper certa est* - “maternidade sempre é certa”. Por esse princípio, somente a mãe que gestou a criança da forma comum, poderia requerer a prestação do salário-maternidade, salvo nas hipóteses de adoção conforme a Lei nº 8.123/1991. Esse princípio aos poucos está deixando de ser absoluto. A maternidade há muito deixou de ser algo com uma única forma ou meio de obtê-la, existem outras possibilidades de formar uma família, como a adoção ou gestar um filho usando as técnicas de reprodução assistida, tornando o princípio da maternidade sempre certa insuficiente para abarcar todas as situações advindas com as evoluções sociais e os avanços científicos no tocante a gestação.

Embora a Ciência tenha evoluído, é certo que o Direito não avançou no tema com a mesma velocidade, por isso, para os mais ortodoxos, se a Lei não disciplina, logo, não existe a possibilidade de duas seguradas do INSS gozarem do salário-maternidade em virtude do mesmo fato gerador.

Martins (2017) entende que não é possível que as duas mães possam ser detentoras do salário-maternidade, alegando a falta de previsão legal para a concessão de dois benefícios com apenas um fato gerador pela ofensa a regra da contrapartida, pois, segundo ele, a prestação de tal benefício serve para que a mãe se recupere dos efeitos do parto e possa estar com seu filho nos primeiros meses de vida.

Mesmo que o doutrinador citado acima diga que não é possível a concessão do salário-maternidade as duas “mães”, visto que ele diz que o benefício serve para que a mulher se recupere do parto e fique com a criança nos primeiros meses de vida, se formos ao pé da letra, o benefício seria devido na barriga solidária, pois ela que vai se recuperar dos efeitos do parto, apenas não vai cuidar da criança. É por esse motivo que existe decisão judicial reconhecendo não o direito ao salário-maternidade, mas ao auxílio por incapacidade temporária, levando em conta que após o parto ela ficará incapacitada para exercer suas atividades laborativas por período delimitado em atestado médico.

Os autores, Bachur e Manso (2011) afirmam que mesmo com a omissão das leis trabalhista e previdenciária, quanto a gestação por substituição, ambas as “mães” envolvidas na prática devem usufruir dos benefícios de salário-maternidade e da licença-maternidade de 120 dias, tal como ocorre em casos de adoção, tendo em vista que mesmo que a mãe biológica já tenha usufruído do salário-maternidade, a adotante ainda poderá requerer o benefício, usando assim a analogia pela falta de legislação.

Já prevendo que o legislador não seria tão rápido para disciplinar os mais diversos temas sociais, a Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro de 2002, (Arts. 4º e 5º) determina que: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito. [...] Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e as exigências do bem comum”.

Por esse motivo, na via judicial existe uma maior probabilidade da mulher que gestou o filho de outra pessoa obter o benefício, justamente pela liberdade que a Lei concede ao Poder Judiciário de decidir de acordo com analogia os costumes e os princípios gerais do direito nos casos de omissão legal, do que conseguir o salário-maternidade pela via administrativa, visto que o INSS é vinculado a Lei e as suas normas internas.

Os autores Antônio Borges de Figueiredo e Marcela Gallo de Oliveira (2007), entendem que como o salário-maternidade, no caso de adoção, pode ser concedido ao pai ou mãe adotante mesmo que já tenha sido concedido aos pais biológicos do adotado, usando a analogia o mesmo pode ser feito para a mulher que leva em seu ventre durante nove meses uma criança, mesmo que não seja seu filho.

Desse modo, para que haja uma futura movimentação do Poder Legislativo, para tratar desse assunto atual e importante para a sociedade, devem existir decisões inovadoras sobre o tema que, sejam seguidas pelos Tribunais Pátrios para uma uniformização do entendimento.

No presente trabalho, são destacadas algumas decisões emblemáticas proferidas pelos Tribunais, que tratam dos direitos trabalhistas às pessoas envolvidas na prática de gestação por substituição. Referidas decisões foram encontradas nos sites de citados Tribunais, mediante o uso das expressões: “barriga de aluguel” e “gestação substitutiva”.

Neste primeiro caso, a relatora entende que, havendo a comprovação da maternidade por substituição no momento da rescisão do contrato de trabalho, ainda que temporário, o autor tem direito ao reconhecimento da garantia provisória de emprego (TRT-2 1000343-16.2019.5.02.0718 SP, relator: Maria Cristina Xavier Ramos Di Lascio, 8ª Turma – Cadeira 4, data de publicação: 04-03-2020).

Pela ausência de previsão legal o Tribunal Regional Federal da 5ª Região entendeu que no caso de falta e legislação específica, observa-se a utilização da analogia nos julgados, como se destaca o caso em que a autora após ter recorrido à fertilização *in vitro* e à gestação substitutiva, requereu a licença-maternidade pelo prazo de 180 dias, por ter participado biologicamente da gestação através do uso do seu gameta mediante a fertilização, tendo obtido êxito no pleito. Referido benefício já havia sido concedido pelo prazo de 150 dias, por analogia à condição de mãe adotante, fato que por si só já se opõe ao arcaico pensamento de

que apenas a mãe portadora possuía o direito ao benefício (TRF-5 APELAÇÃO CÍVEL Nº 534999 PE (0004161-23.2011.4.05.8300), Relator: Francisco Cavalcanti, 1ª Turma, Data de Publicação: 30-08-2012).

Usando a analogia foi conferido a uma mulher que, usando da fertilização *in vitro* por meio da barriga solidária tornou-se mãe de trigêmeos, a licença maternidade de 180 dias mesmo que não tenha gestado as crianças. A Turma Recursal usou para basear sua decisão o art. 4ª da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Já no processo nº 5008785-23.2015.4.04.7102, os Juízes da 1ª Turma Recursal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, entenderam que o magistrado de primeiro grau analisou o mérito e definiu que por meio da leitura da Lei nº 8.213/91, a partir do art. 71, entende-se que o salário-maternidade tem por objetivo proteger a relação entre mãe e filho, iniciando-se com o nascimento e perdurando até os primeiros meses de vida, cumprindo-se o mandamento constitucional de proteção à gestante e à maternidade (art. 201, II, CF/88).

Consequentemente, entendeu-se que a recorrente não faz jus ao benefício, já que não cumpre o requisito da convivência e laço familiar entre mãe e filho dada entre os primeiros meses de vida. No entanto, dos autos, extrai-se que a recorrente recebeu auxílio-doença pois esteve incapaz de laborar na gestação, fato que, para o magistrado, comprova que caso a recorrente queira alegar a incapacidade de laborar por algum fator decorrente da gestação, deve respaldar-se na previdência social apenas quanto ao que se refere a incapacidade de laborar, mas não sob a perspectiva da proteção à maternidade.

Por essas decisões percebe-se que ao conceder a estabilidade provisória e a licença-maternidade da gestante aos envolvidos na prática de gestação substitutiva, os Juízes entenderam que o benefício tem por escopo à proteção da criança e ao instituto familiar, demonstrando que os pais sociais (aqueles que objetivam ficar com a criança) possuem direito aos benefícios, ressaltando-se que: a licença-maternidade e a estabilidade provisória no emprego têm por escopo a proteção da família e do nascituro, embora estejam diretamente ligados à gestante. Por isso, constitui ato discriminatório não conceder o direito à estabilidade provisória e a licença-maternidade aos envolvidos na gestação substitutiva.

De outro lado, a decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, entendeu que não foi a gestante a beneficiária do salário e da licença-maternidade, entendendo o magistrado que apenas quem ficou com a criança percebe tais direitos, devendo requerer o auxílio por incapacidade temporária pela incapacidade gerada pelo parto.

Diante de todo o exposto, é claro que a falta de uma legislação sobre as técnicas de reprodução assistida, deixam as pessoas que buscam esse método à mercê da própria sorte,

dependendo do entendimento do Juiz ou do Tribunal onde forem recorrer das decisões do INSS, que na grande maioria não vai deferir o benefício do salário-maternidade a mãe ou pai biológico e a cessionária do útero.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema explorado por este trabalho trata-se de uma questão que, aos poucos, vai se tornando comum na sociedade brasileira: a possibilidade de que uma criança possa ser gerada usando o útero de outra pessoa, método conhecido como reprodução assistida ou barriga de aluguel. Diante desse avanço científico, que ainda não foi regulado pelo direito brasileiro, o presente artigo traz à tona o questionamento dos direitos previdenciários das mulheres que cedem o seu útero para gerar crianças que não são seus filhos.

Todos os objetivos do artigo foram contemplados na medida em que foi abordado o histórico do direito da mulher à licença-maternidade e ao salário-maternidade, tanto pela Organização Internacional do Trabalho, pela Consolidação das Leis do Trabalho e, mais recentemente, por ser um direito constitucional previsto na Carta Política de 1988, além das leis que surgiram após a constituição para ampliar esses direitos.

Dentro dos objetivos, foi explicado o que é a barriga solidária e demonstrado, com base na lei e na Instrução Normativa 128 de 2022, como a segurada (o) do INSS pode ter acesso ao salário-maternidade quando nasce um filho, se ocorrer aborto (desde que não seja criminoso), e pela adoção ou pela guarda judicial.

Após isso, por meio da análise dos julgados dos tribunais superiores e entendimento de doutrinadores, observou-se as mais variadas decisões e debates sobre o tema, desde o entendimento de que o salário-maternidade deve ser concedido à mulher que empresta o seu útero, e de que ela deve requerer o auxílio por incapacidade temporária se não conseguir laborar em virtude da gestação.

Diante do que foi apresentado, é possível o aprofundamento do tema, em virtude da falta de legislação sobre o assunto, pois outras decisões poderão surgir ao longo dos anos com o surgimento de novos casos, o que poderá levar a movimentações dentro do legislativo acerca do salário-maternidade para a segurada que cede o seu útero, ficando o caminho aberto para futuras pesquisas do tema.

Ademais, o tema que neste trabalho foi exaustivamente pesquisado e estudado tem sua relevância para o meio jurídico e acadêmico, tendo em vista que mostrou a realidade vivida pela mulher hospedeira e como ela pode ficar desamparada após o parto, quando entrega a

criança para os verdadeiros pais, não tendo a possibilidade do acesso ao salário-maternidade, mas, na remota hipótese, terá direito ao benefício por incapacidade, e também mostrou os meios que os envolvidos neste tipo de gestação estão recorrendo para ver garantidos seus direitos e sua dignidade.

Em um mundo moderno onde uniões homoafetivas são realidade, pessoas solteiras desejam ser pais e mães, e mulheres que deixam para ter filhos após terem independência financeira, a gestação solidária será a solução para muitos que desejam formar uma família, implicando em uma transformação nos conceitos atuais sobre maternidade e gestação. Tais mudanças já ocorrem por meio dos provimentos do CNJ e Resoluções do Conselho Federal de Medicina e, em um futuro próximo, diante dos avanços científicos e importância social, o tema poderá ser pauta de debates no legislativo federal com o objetivo de surgirem leis que tratem de forma ampla do assunto.

REFERÊNCIAS

BACHUR, Tiago Faggioni; MANSO, Tânia Faggioni Bachur da Costa. **Licença Maternidade e Salário-Maternidade**. Na Teoria e na Prática. Editora Lemos e Cruz, 2011, p. 167.

BRASIL - DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO, **RESOLUÇÃO CFM Nº 2.294, DE 27 DE MAIO DE 2021**, Publicado em: 15/06/2021 | Edição: 110 | Seção: 1 | Página: 60
Órgão: Entidades de Fiscalização do Exercício das Profissões Liberais/Conselho Federal de Medicina.

BRASIL - **Instrução Normativa nº 128**, de 28 de março de 2022, publicada em 29/03/2022, ed. 60. Seção 1, página 132, Ministério do Trabalho e Previdência Social/ Instituto Nacional do Seguro Social.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Provimento nº 63 de 14 de novembro de 2017. Disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>>. Acessado em: 20 set 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.421**, de 15 de abril de 2002. Estende à mão adotiva à licença-maternidade e ao salário-maternidade alterando a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18861.htm, acesso em: 15/11/2022.

BRASIL. **Lei nº 8.213**, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm, acesso em 24/10/2022.

BRASIL. **Lei nº 8.861**, de 25 de março de 1994. Dá nova redação aos arts. 387 e 392 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), altera os arts. 12 e 25 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, e os arts. 39, 71, 73 e 106 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, todos pertinentes à licença-maternidade. Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18861.htm, acesso em: 15/11/2022.

BRASIL. **Lei nº 8.861**, de 9 de setembro de 2008. Cria o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante a concessão de incentivo fiscal, e altera a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18861.htm, acesso em: 15/11/2022.

BRASIL. **Lei nº 9.876**, de 26 de novembro de 1999. Dispõe sobre a contribuição previdenciária do contribuinte individual, o cálculo do benefício, altera dispositivos das Leis n.º 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18861.htm, acesso em: 15/11/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **DIREITO PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADORA RURAL. MENOR DE 16 ANOS DE IDADE. CONCESSÃO DE SALÁRIO-**

MATERNIDADE. ART. 7º, XXXVIII, DA CF. NORMA PROTETIVA QUE NÃO PODE PRIVAR DIREITOS. PRECEDENTES. RE 537.040, Rel. Min. Dias Toffoli. Agravo regimental a que se nega provimento (STF - RE: 600616 RS, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 26/08/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-175 DIVULG 09-09-2014 PUBLIC 10-09-2014)

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista.** Relator: Augusto César Leite de Carvalho, 04 de abr. de 2018, 6ª Turma. Disponível em: < <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/564092000/agravo-de-instrumento-em-recurso-derevista-airr-27158820115020053/inteiro-teor-564092019> >. Acesso em: 26 de outubro de 2022.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira D. **Manual de Direito Previdenciário.** Grupo GEN, 2020. E-book. ISBN 9788530992224. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992224/>. Acesso em: 15 nov. 2022.

DINIZ, Maria Helena (2006), **O estado atual do biodireito.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva (2009). As duas lacunas no direito. 9ª ed. São Paulo: Saraiva.

JÚNIOR, Auer Baptista Freire. BATISTA, Lorraine Andrade (2017) **A cessão temporária do útero: possibilidade legal.** Revista Educação, Meio Ambiente e Saúde, Manhauçu, 7 (4).

INSS. **Informe da Previdência Social,** fevereiro de 2007, Volume 19, Número 02

KANT, IMMANUEL. **METAFISICA DOS COSTUMES.** 1. ed. rev. PETROPOLIS: VOZES, 2013. 271 p. v. 1. ISBN 978-85-326-4717-7. Disponível em: <http://cabana-on.com/Ler/wp-content/uploads/2017/09/Metafisica-dos-Costumes-Immanuel-Kant.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2022.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social.** 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 538.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho.** 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 539

MENEZES, Pedro. Professor de Filosofia, Mestre em Ciências da Educação. *In: Método Dedutivo.* [S. l.], 2020. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/metodo-dedutivo/>. Acesso em: 16 nov. 2022.

MORAES, Alexandre D. **Direito Constitucional:** Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9788597027648. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597027648/>. Acesso em: 16 nov. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso no direito constitucional brasileiro.** Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, 14, nº 57, out./dez. 2006, p. 5.

Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **Recurso Ordinário e Adesivo.** relatora: Maria Cristina Xavier Ramos Di Lascio, 8ª Turma – Cadeira 4, 04 de mar. de 2020. Disponível em:

< <https://trt2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/818387104/10003431620195020718-sp/inteiro-teor818387117>>. Acesso em: 26 de outubro de 2022.

Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Reexame necessário**. Relator: Desembargador Federal Valdeci dos Santos, 04 de dez. de 2020, 1ª Turma, Disponível em: < <https://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1142178144/remessa-necessaria-civel-remnecciv50010852620184036000-ms>>. Acesso em: 26 de outubro de 2022.

Tribunal Regional Federal da 4ª região. **Recurso Cível**. Relator: Oscar Valente Cardoso, 14 de set. de 2016, 1ª Turma Recursal do RS. Disponível em: Acesso em: 26 de outubro de 2022.

Tribunal Regional Federal da 5ª região. **Apelação Cível**. Relator: Francisco Cavalcanti, 1ª Turma, 30 de ago. de 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: 26 de outubro de 2022.