

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE FORMIGA – UNIFOR-MG
CURSO DE DIREITO
SAULLO AUGUSTO DE MORAES COSTA

**O BENEFÍCIO DO SALÁRIO-MATERNIDADE E SUA CONCESSÃO NOS CASOS
DE DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO**

FORMIGA – MG
2018

SAULLO AUGUSTO DE MORAES COSTA

O BENEFÍCIO DO SALÁRIO-MATERNIDADE E SUA CONCESSÃO NOS CASOS
DE DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Direito do UNIFOR-MG, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito. Orientador: Ana Flávia Paulinelli Rodrigues Nunes.

FORMIGA – MG

2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Biblioteca UNIFOR-MG

C837 Costa, Saullo Augusto de Moraes.
O benefício do salário-maternidade e sua concessão nos casos de
doação temporária do útero / Saullo Augusto de Moraes Costa. – 2018.
44 f.

Orientadora: Ana Flavia Paulinelli Rodrigues Nunes.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Centro
Universitário de Formiga - UNIFOR, Formiga, 2018.

1. Beneficiária. 2. Salário-maternidade. 3. Fertilização. I. Título.

CDD 347

Catalogação elaborada na fonte pela bibliotecária
Rosana Guimarães Silva – CRB6-3064

Saullo Augusto de Moraes Costa

O BENEFÍCIO DO SALÁRIO-MATERNIDADE E SUA CONCESSÃO NOS CASOS
DE DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Direito do UNIFOR-MG, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ana Flávia Paulinelli Rodrigues Nunes
Orientador

Prof. (a) UNIFOR-MG

Prof. (a) UNIFOR-MG

Formiga, _____ de _____ de 2018.

AGRADECIMENTOS

Pude contar com a compreensão de muitas pessoas para a realização deste trabalho, e certamente meros agradecimentos não seriam suficientes para demonstrar minha gratidão.

Agradeço primeiramente a Deus por mais essa conquista, me dando forças, bem como meus amigos e familiares, sempre com um apoio e uma palavra amiga, fazendo com que o caminho ficasse um pouco mais fácil.

A minha orientadora Ana Flávia, por toda ajuda e atenção, sempre prontificando a ajudar quando precisei, ficando aqui o meu “Muito obrigado”!

Por fim, o Centro Universitário de Formiga-MG que me deu possibilidades de conhecer o Direito, bem como evoluir nas formas de pensamento durante esses cinco anos de graduação.

RESUMO

Com a evolução da medicina e a intensa busca por novas práticas médicas que possam facilitar a vida de todos, aparecem também alguns empecilhos, visto que o direito nem sempre acompanha com agilidade essas mudanças. A fertilização *in vitro* (FIV) é um avanço médico, dando chance à aquelas pessoas que não podem gestar uma criança de ter um filho com o seu material genético, tendo assim a popularmente chamada de “barriga de aluguel.” Acontece que essa prática gera efeitos para o direito, dentre esses efeitos está a concessão dos benefícios licença e salário-maternidade, que não foram regulamentados neste caso e que serão os beneficiários dos mesmos, tema este que será abordado no presente trabalho.

Palavras-chave: Fertilização. Salário-maternidade. Beneficiários.

ABSTRACT

With the evolution of medicine and the intense search for new medical practices that can facilitate the lives of all, there are also some obstacles, since law does not always follow these changes with agility. In vitro fertilization (IVF) is a medical breakthrough, giving the chance to those people who cannot get a child to bear a child with their genetic material, thus having the popularly called "surrogacy." It turns out that this practice generates effects for the law, among these effects is the granting of the benefits license and maternity wages, which were not regulated in this case and that will be the beneficiaries of the same, subject that will be approached in the present work.

Keywords: Fertilization. Maternal-maternity. Beneficiaries.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	DEFINIÇÃO DO SALÁRIO-MATERNIDADE E LICENÇA-MATERNIDADE....	10
3	REGULAMENTAÇÃO DO BENEFÍCIO DA LICENÇA MATERNIDADE NA CR/88 E CLT	17
4	PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE O BENEFÍCIO SALÁRIO-MATERNIDADE VISA PROTEGER	20
4.1	Dignidade da pessoa humana.....	20
4.2	Solidariedade familiar	21
4.3	Pluralismo das entidades familiares e igualdade.....	22
4.4	Proibição do retrocesso social	24
5	DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO E AS PERSPECTIVAS JURÍDICAS NO CENÁRIO CONTEMPORÂNEO	27
6	A DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO NO DIREITO COMPARADO	29
7	A DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO E O CONFLITO EM RELAÇÃO A TITULAR DO BENEFÍCIO SALÁRIO-MATERNIDADE	33
8	CONCLUSÃO	40
	REFERÊNCIAS.....	43

1 INTRODUÇÃO

Historicamente a mulher sempre sofreu muito preconceito, conseguindo através de muita luta sua inserção no mercado de trabalho, tendo início de suas conquistas no Brasil a partir da Constituição de 1.934, em que seu artigo 121 trazia alguns direitos para o sexo feminino, dentre eles: proibiu a diferença de salários para um mesmo trabalho exercido por homens e mulheres; proibiu o trabalho da mulher em indústrias insalubres e garantiu assistência médica e sanitária à gestante, assegurando a este descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição e previdência mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da maternidade. E ainda no art. 170, item 10, concedeu à funcionária gestante, três meses de licença com vencimentos integrais.

A proteção à maternidade é um assunto muito abordado e bastante relevante na esfera do direito do trabalho, e o presente trabalho tem como objetivo específico tratar o tema em relação ao benefício do salário-maternidade e seu tratamento jurídico.

O presente trabalho inicialmente trará as definições de salário-maternidade e licença-maternidade, sendo institutos distintos, muitas vezes confundidos e sendo tratados de forma igual. O tema é regulamentado na CLT, na Constituição da República de 1988, no Decreto Lei 3.048/1999, bem como na Lei 8.213/1991 que sofreu modificações trazidas pela Lei 12.873/2013.

O segundo capítulo traz a regulamentação do benefício da licença-maternidade na CR/88 e na CLT, sendo assim uma garantia constitucional, que antes era apenas para a mulher gestante, sendo concedido o benefício acima mencionado em até 28 dias antes do parto, com o advento da Lei 12.873/2013, além das mulheres que deram a luz, pessoas que adotam também terão direito à licença, inclusive sendo homens, o legislador esqueceu de tratar os casos de doação temporária do útero neste norma, tendo tal prática regulamentação apenas por resoluções do CFM.

Os princípios constitucionais que envolvem tal tema também são tratados no presente trabalho, relacionando-os com o benefício do salário-maternidade, tendo como princípios estudados: Dignidade da pessoa humana, solidariedade familiar, pluralismo das entidades familiares, igualdade e por fim o do não retrocesso social.

Dando seguimento, também é trazido à presente monografia a doação temporária do útero e suas perspectivas no atual cenário jurídico brasileiro, abordando como os casos são tratados na prática e quais as possibilidades de resolução para tais casos. Outro importante ponto é direito comparado, sendo mostrado como o tema sofre diferentes regulamentações em outras importantes nações, não havendo um entendimento mundialmente consolidado.

Por fim, será estudado a prática da doação temporária do útero, demonstrando o conflito em quem será a titular do benefício do salário-maternidade, sendo demonstradas opiniões de importantes doutrinadores e estudiosos sobre o tema, mostrando assim possíveis formas de resolução para tal problemática.

2 DEFINIÇÃO DO SALÁRIO-MATERNIDADE E LICENÇA-MATERNIDADE

Inicialmente, deve-se definir o que é o salário-maternidade, nas palavras de Carlos Henrique Bezerra Leite “é um benefício previdenciário devido à segurada da previdência social, durante o prazo de 120 dias.” (LEITE, 2017).

O objetivo do benefício acima descrito é propiciar à mãe, natural ou adotiva, condições de permanecer com o filho, durante certo tempo, sem prejuízo do afastamento ao trabalho ou de suas ocupações habituais, tendo início 28 dias antes do parto. É considerado como fato gerador do benefício o parto, o aborto espontâneo, a adoção ou a guarda judicial para fins de adoção.

A concessão de salário-maternidade independe de carência para as seguradas empregadas (inclusive as domésticas) e as trabalhadoras avulsas. Para as contribuintes individuais, seguras especiais e facultativas, exige-se a carência de 10 contribuições mensais para a concessão. No caso do segurado que requer salário-maternidade nos casos de adoção, serão aplicadas as mesmas regras de carência que são aplicadas para as seguradas, vide art. 392-A da CLT.¹

O benefício do salário-maternidade está disciplinado no Decreto 3.048/1999, em seus artigos 93 a 103², bem como nos artigos 71 a 73³ da Lei 8.213/1991. Para

¹ Art. 392-A. À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança ou adolescente será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 13.509, de 2017)

§ 1º (Revogado pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

§ 2º (Revogado pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

§ 3º (Revogado pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

§ 4º A licença-maternidade só será concedida mediante apresentação do termo judicial de guarda à adotante ou guardiã. (Incluído pela Lei nº 10.421, 15.4.2002)

§ 5º A adoção ou guarda judicial conjunta ensejará a concessão de licença-maternidade a apenas um dos adotantes ou guardiões empregado ou empregada. (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013)

² Art. 93. O salário-maternidade é devido à segurada da previdência social, durante cento e vinte dias, com início vinte e oito dias antes e término noventa e um dias depois do parto, podendo ser prorrogado na forma prevista no § 3º. (Redação dada pelo Decreto nº 4.862, de 2003)

§ 1º Para a segurada empregada, inclusive a doméstica, observar-se-á, no que couber, as situações e condições previstas na legislação trabalhista relativas à proteção à maternidade.

§ 2º 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 de forma descontínua, aplicando-se, quando for o caso, o disposto no parágrafo único do art. 29. (Redação dada pelo Decreto nº 5.545, de 2005)

§ 3º Em casos excepcionais, os períodos de repouso anterior e posterior ao parto podem ser aumentados de mais duas semanas, mediante atestado médico específico. (Redação dada pelo Decreto nº 3.668, de 2000)

§ 4º Em caso de parto antecipado ou não, a segurada tem direito aos cento e vinte dias previstos neste artigo.

§ 5º Em caso de aborto não criminoso, comprovado mediante atestado médico, a segurada terá direito ao salário-maternidade correspondente a duas semanas. (Redação dada pelo Decreto nº 3.668, de 2000)

Art. 93-A. O salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança com idade: (Incluído pelo Decreto nº 4.729, de 2003)

I - até um ano completo, por cento e vinte dias; (Incluído pelo Decreto nº 4.729, de 2003)

II - a partir de um ano até quatro anos completos, por sessenta dias; ou (Incluído pelo Decreto nº 4.729, de 2003)

III - a partir de quatro anos até completar oito anos, por trinta dias. (Incluído pelo Decreto nº 4.729, de 2003)

§ 1º O salário-maternidade é devido à segurada independentemente de a mãe biológica ter recebido o mesmo benefício quando do nascimento da criança. (Incluído pelo Decreto nº 4.729, de 2003)

§ 2º O salário-maternidade não é devido quando o termo de guarda não contiver a observação de que é para fins de adoção ou só contiver o nome do cônjuge ou companheiro. (Incluído pelo Decreto nº 4.729, de 2003)

§ 3º Para a concessão do salário-maternidade é indispensável que conste da nova certidão de nascimento da criança, ou do termo de guarda, o nome da segurada adotante ou guardiã, bem como, deste último, tratar-se de guarda para fins de adoção. (Incluído pelo Decreto nº 4.729, de 2003)

§ 4º Quando houver adoção ou guarda judicial para adoção de mais de uma criança, é devido um único salário-maternidade relativo à criança de menor idade, observado o disposto no art. 98. (Incluído pelo Decreto nº 4.729, de 2003)

§ 5º A renda mensal do salário-maternidade é calculada na forma do disposto nos arts. 94, 100 ou 101, de acordo com a forma de contribuição da segurada à Previdência Social. (Incluído pelo Decreto nº 4.729, de 2003)

§ 6º O salário-maternidade de que trata este artigo é pago diretamente pela previdência social. (Incluído pelo Decreto nº 4.862, de 2003)

Art. 94. O salário-maternidade para a segurada empregada consiste numa renda mensal igual à sua remuneração integral e será pago pela empresa, efetivando-se a compensação, observado o disposto no art. 248 da Constituição, quando do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, devendo aplicar-se à renda mensal do benefício o disposto no art. 198. (Redação dada pelo Decreto nº 4.862, de 2003)

§ 3º A empregada deve dar quitação à empresa dos recolhimentos mensais do salário-maternidade na própria folha de pagamento ou por outra forma admitida, de modo que a quitação fique plena e claramente caracterizada. (Incluído pelo Decreto nº 4.862, de 2003)

§ 4º A empresa deve conservar, durante dez anos, os comprovantes dos pagamentos e os atestados ou certidões correspondentes para exame pela fiscalização do INSS, conforme o disposto no § 7º do art. 225. (Incluído pelo Decreto nº 4.862, de 2003)

Art. 95. Compete à interessada instruir o requerimento do salário-maternidade com os atestados médicos necessários. (Redação dada pelo Decreto nº 3.668, de 2000)

Parágrafo único. Quando o benefício for requerido após o parto, o documento comprobatório é a Certidão de Nascimento, podendo, no caso de dúvida, a segurada ser submetida à avaliação pericial junto ao Instituto Nacional do Seguro Social. (Redação dada pelo Decreto nº 3.668, de 2000)

Art. 96. O início do afastamento do trabalho da segurada empregada será determinado com base em atestado médico ou certidão de nascimento do filho. (Redação dada pelo Decreto nº 4.862, de 2003)

Art. 97. O salário-maternidade da segurada empregada será devido pela previdência social enquanto existir relação de emprego, observadas as regras quanto ao pagamento desse benefício pela empresa. (Redação dada pelo Decreto nº 6.122, de 2007)

Parágrafo único. Durante o período de graça a que se refere o art. 13, a segurada desempregada fará jus ao recebimento do salário-maternidade nos casos de demissão antes da gravidez, ou, durante a gestação, nas hipóteses de dispensa por justa causa ou a pedido, situações em que o benefício será pago diretamente pela previdência social. (Incluído pelo Decreto nº 6.122, de 2007)

Art. 98. No caso de empregos concomitantes, a segurada fará jus ao salário-maternidade relativo a cada emprego.

Art. 99. Nos meses de início e término do salário-maternidade da segurada empregada, o salário-maternidade será proporcional aos dias de afastamento do trabalho.

Art. 100. O salário-maternidade da segurada trabalhadora avulsa, pago diretamente pela previdência social, consiste numa renda mensal igual à sua remuneração integral equivalente a um mês de tra-

Iho, devendo aplicar-se à renda mensal do benefício o disposto no art. 198. (Redação dada pelo Decreto nº 4.862, de 2003)

Art. 101. O salário-maternidade, observado o disposto nos arts. 35, 198, 199 ou 199-A, pago diretamente pela previdência social, consistirá: (Redação dada pelo Decreto nº 6.722, de 2008).

I - em valor correspondente ao do seu último salário-de-contribuição, para a segurada empregada doméstica; (Incluído pelo Decreto nº 3.265, de 1999)

II - em um salário mínimo, para a segurada especial; (Incluído pelo Decreto nº 3.265, de 1999)

III - em um doze avos da soma dos doze últimos salários-de-contribuição, apurados em período não superior a quinze meses, para as seguradas contribuinte individual, facultativa e para as que mantêm a qualidade de segurada na forma do art. 13. (Redação dada pelo Decreto nº 6.122, de 2007)

§ 3º O documento comprobatório para requerimento do salário-maternidade da segurada que mantenha esta qualidade é a certidão de nascimento do filho, exceto nos casos de aborto espontâneo, quando deverá ser apresentado atestado médico, e no de adoção ou guarda para fins de adoção, casos em que serão observadas as regras do art. 93-A, devendo o evento gerador do benefício ocorrer, em qualquer hipótese, dentro do período previsto no art. 13. (Incluído pelo Decreto nº 6.122, de 2007)

Art. 102. O salário-maternidade não pode ser acumulado com benefício por incapacidade.

Parágrafo único. Quando ocorrer incapacidade em concomitância com o período de pagamento do salário-maternidade, o benefício por incapacidade, conforme o caso, deverá ser suspenso enquanto perdurar o referido pagamento, ou terá sua data de início adiada para o primeiro dia seguinte ao término do período de cento e vinte dias.

Art. 103. A segurada aposentada que retornar à atividade fará jus ao pagamento do salário-maternidade, de acordo com o disposto no art. 93.

³Art. 71. O salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante 120 (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade. (Redação dada pela Lei nº 10.710, de 2003)

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

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

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

Art. 71-B. No caso de falecimento da segurada ou segurado que fizer jus ao recebimento do salário-maternidade, o benefício será pago, por todo o período ou pelo tempo restante a que teria direito, ao cônjuge ou companheiro sobrevivente que tenha a qualidade de segurado, exceto no caso do falecimento do filho ou de seu abandono, observadas as normas aplicáveis ao salário-maternidade. (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013) (Vigência)

§ 1º O pagamento do benefício de que trata o caput deverá ser requerido até o último dia do prazo previsto para o término do salário-maternidade originário. (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013) (Vigência)

§ 2º O benefício de que trata o caput será pago diretamente pela Previdência Social durante o período entre a data do óbito e o último dia do término do salário-maternidade originário e será calculado sobre: (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013) (Vigência)

I - a remuneração integral, para o empregado e trabalhador avulso; (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013) (Vigência)

II - o último salário-de-contribuição, para o empregado doméstico; (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013) (Vigência)

III - 1/12 (um doze avos) da soma dos 12 (doze) últimos salários de contribuição, apurados em um período não superior a 15 (quinze) meses, para o contribuinte individual, facultativo e desempregado; e (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013) (Vigência)

IV - o valor do salário mínimo, para o segurado especial. (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013) (Vigência)

§ 3º Aplica-se o disposto neste artigo ao segurado que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção. (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013) (Vigência)

a concessão deste devemos observar alguns critérios, sendo eles: material, temporal, espacial, pessoal e quantitativo.

O critério material consiste na concretização ou espera do parto, adoção, ou guarda judicial para fins adotivos, e em casos de viudez durante ou após o parto, se preenchido os requisitos necessários. Quanto ao critério espacial deverá ser no território nacional.

O critério pessoal é subdivido em sujeito ativo e passivo. O sujeito ativo são todas as seguradas em caso de parto. No ano de 2013, a Lei 12.783 trouxe alterações para este benefício, garantindo este nos casos de adoção, inclusive para segurados, deixando de ser exclusividade das seguradas. Já o sujeito passivo é o Instituto Nacional do Seguro Social- INSS.

Por fim, o critério quantitativo é observada a base de cálculo: 1- empregada avulsa: o total da remuneração percebida pela empregada, respeitado o teto; 2- empregada doméstica: o último salário de contribuição; 3- segurada especial: 1/12 da contribuição anual; 4- contribuinte individual e segurada facultativa: 1/12 da soma dos últimos 12 salários de contribuição tomados em período não superior a 15 me-

Art. 71-C. A percepção do salário-maternidade, inclusive o previsto no art. 71-B, está condicionada ao afastamento do segurado do trabalho ou da atividade desempenhada, sob pena de suspensão do benefício. (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013) (Vigência)

Art. 72. O salário-maternidade para a segurada empregada ou trabalhadora avulsa consistirá numa renda mensal igual a sua remuneração integral. (Redação Dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)

§ 1º Cabe à empresa pagar o salário-maternidade devido à respectiva empregada gestante, efetivando-se a compensação, observado o disposto no art. 248 da Constituição Federal, quando do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço. (Incluído pela Lei nº 10.710, de 2003)

§ 2º A empresa deverá conservar durante 10 (dez) anos os comprovantes dos pagamentos e os atestados correspondentes para exame pela fiscalização da Previdência Social. (Incluído pela Lei nº 10.710, de 2003)

§ 3º O salário-maternidade devido à trabalhadora avulsa e à empregada do microempreendedor individual de que trata o art. 18-A da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, será pago diretamente pela Previdência Social. (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011)

Art. 73. Assegurado o valor de um salário-mínimo, o salário-maternidade para as demais seguradas, pago diretamente pela Previdência Social, consistirá: (Redação dada pela Lei nº 10.710, de 2003)

I - em um valor correspondente ao do seu último salário-de-contribuição, para a segurada empregada doméstica; (Incluído pela lei nº 9.876, de 26.11.99)

II - em um doze avos do valor sobre o qual incidiu sua última contribuição anual, para a segurada especial; (Incluído pela lei nº 9.876, de 26.11.99)

III - em um doze avos da soma dos doze últimos salários-de-contribuição, apurados em um período não superior a quinze meses, para as demais seguradas. (Incluído pela lei nº 9.876, de 26.11.99)

ses. Já a alíquota é 100 % sobre os valores acima descritos, descontada a contribuição devida à Previdência Social.

O salário maternidade também visa proteger alguns casos particulares, tais como o aborto não criminoso, sendo este até o sexto mês da gestação, comprovado via atestado médico, tendo direito de perceber o benefício por duas semanas. Em casos de natimortos e estando a mãe com mais de seis meses de gestação, será garantido a esta o período de 120 dias de licença, recebendo salário.

Nestes casos, compete à interessada instruir o requerimento do salário-maternidade com os atestados médicos necessários; quando o benefício for requerido após o parto, o documento comprobatório é a certidão de nascimento, podendo, no caso de dúvida, a segurada ser submetida à avaliação pericial junto ao INSS; o início do afastamento do trabalho da segurada empregada será determinado com base em atestado médico ou certidão de nascimento do filho; quando a empresa dispuser de serviço médico próprio ou credenciado, o atestado deverá ser fornecido por aquele serviço médico.

Não se pode esquecer que existe diferença entre licença-maternidade e salário-maternidade. A licença-maternidade é um benefício de natureza trabalhista e compreende o período em que a lei trabalhista garante à empregada gestante o direito de se afastar do trabalho em razão da gestação, adoção ou guarda para adoção, sem prejuízo do emprego ou salário. Já o salário-maternidade é um benefício de natureza previdenciária, a ser pago pelo INSS à todas as seguradas (não apenas à empregada), em razão do nascimento do filho, adoção ou guarda judicial para adoção.

Como um dos motivos que inspiraram a criação do salário-maternidade foi desonerar o empregador do ônus da licença-maternidade, não arcando este sozinho com a remuneração da segurada, normalmente, o período de salário-maternidade coincide com a licença-maternidade.

Nos casos em que não houver coincidência entre a licença e o salário-maternidade, caberá ao empregador arcar com o salário da empregada durante o período de afastamento não coberto pelo benefício previdenciário. É o que ocorre, por exemplo, com a extensão da licença-maternidade criada pela Lei 11.770/2008 em que esta pode chegar até seis meses, ou nos casos em que a empregada recebe salário superior ao teto pago pela previdência (no caso específico do salário ma-

ternidade o teto é o mesmo dos Ministros do STF), caso em que a empresa deverá arcar com a diferença da remuneração da empregada.

A Licença-maternidade está amparada pela Constituição da República, em seu art 7º, inciso XVIII, também disposta no artigo 392⁴ da CLT, podendo ser concedida em até 28 dias antes do parto, cessando após passados 91 dias do mesmo, em casos extremos, havendo necessidade, os períodos de repouso anterior e posterior poderão ser aumentados, de mais duas semanas, sendo concedido o auxílio doença, não sendo cumulativo com salário maternidade, sendo este chamado de critério temporal.

Convém ressaltar, que a empregada doméstica durante o período da gestação terá o direito de dispensa do horário de trabalho pelo tempo necessário para a realização de, no mínimo, seis consultas médicas e demais exames complementares e transferência de função, quando as suas condições de saúde o exigem, assegurada a retomada da função anteriormente exercida, logo após o retorno ao trabalho.

A legislação garante a estabilidade da empregada gestante a partir da confirmação da gravidez, inclusive no caso do contrato de experiência ou determinado. Ou seja, não pode ser determinada a partir do momento em que informam a gravidez para o empregador, não podendo haver prejuízo do empregado e do salário até cinco meses após o parto.

Se a empresa dispensar a gestante *sem justa causa*, terá que pagar os salários equivalentes ao período de licença a que ela teria direito, além de outros direitos trabalhistas, ou reintegrar a mesma no quadro de funcionários. Caso a gestante

⁴ Art. 392. A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário. (Redação dada pela Lei nº 10.421, 15.4.2002)

§ 1º A empregada deve, mediante atestado médico, notificar o seu empregador da data do início do afastamento do emprego, que poderá ocorrer entre o 28º (vigésimo oitavo) dia antes do parto e ocorrência deste. (Redação dada pela Lei nº 10.421, 15.4.2002)

§ 2º Os períodos de repouso, antes e depois do parto, poderão ser aumentados de 2 (duas) semanas cada um, mediante atestado médico. (Redação dada pela Lei nº 10.421, 15.4.2002)

§ 3º Em caso de parto antecipado, a mulher terá direito aos 120 (cento e vinte) dias previstos neste artigo. (Redação dada pela Lei nº 10.421, 15.4.2002)

§ 4º É garantido à empregada, durante a gravidez, sem prejuízo do salário e demais direitos: (Redação dada pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999)

I - transferência de função, quando as condições de saúde o exigirem, assegurada a retomada da função anteriormente exercida, logo após o retorno ao trabalho; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999)

II - dispensa do horário de trabalho pelo tempo necessário para a realização de, no mínimo, seis consultas médicas e demais exames complementares. (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999)

§ 5º (VETADO) (incluído pela Lei nº 10.421, de 2002)

peça demissão, seja dispensada por justa causa ou mesmo que ela tenha parado de contribuir para a previdência durante um período determinado para a Previdência Social, terá o direito a licença remunerada paga pelo governo. O prazo é de 12 (doze) meses a partir da última contribuição, ou mesmo da demissão. Caso a genitora comprovar que continua sem emprego, esse período de proteção previdenciária pode ser estendido por mais um ano.

3 REGULAMENTAÇÃO DO BENEFÍCIO DA LICENÇA MATERNIDADE NA CR/88 E CLT

Rotineiramente o preconceito está inserido na sociedade, nos mais diversos modos, não é diferente com a classe feminina, que sofreu muito até conseguir os direitos que hoje elas possuem. A inserção da mulher no mercado de trabalho teve seu marco histórico inicial com a Revolução Industrial⁵, ocorrida no século XVIII/XIX.

Como passaram a haver manufaturas, em que as empresas usavam maquinários e diminuíam o uso da força física humana, as mulheres passaram a ter possibilidade de trabalhar, deixando de ter apenas os afazeres domésticos. Porém, para que elas conseguissem uma vaga no mercado de trabalho, passavam por muitas humilhações, inclusive abusos sexuais.

Após muita luta e com a evolução da sociedade as mulheres passaram a ter garantias maiores. No Brasil, seu marco inicial foi com a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), em 1943, que possui sua vigência até nos dias atuais, tendo um capítulo (Título III, capítulo III) inteiramente voltado para as mulheres, estabelecendo variadas normas, visando inseri-las no mercado de trabalho, protegê-las do preconceito e da discriminação, além de garantir a elas condições especiais de trabalho, tendo em vista as características próprias da mulher, suas indiscutíveis diferenças físicas e psíquicas em relação ao homem. A maioria dessas regras são relacionadas à proteção da exclusiva e bonita "tarefa" das mulheres: a de gerar a vida.

A seção V, denominada “Da proteção à maternidade”, dos artigos 391 ao 400, regulamenta esses direitos femininos, estando a licença maternidade prevista no artigo 392⁶.

Para ter direito a tal benefício a empregada deve, através de atestado médico, notificar seu empregador da data inicial do afastamento, podendo este ocorrer entre

⁵ A Revolução industrial foi um conjunto de mudanças que aconteceram na Europa nos séculos XVIII e XIX. A principal particularidade dessa revolução foi a substituição do trabalho artesanal pelo assalariado e com o uso das máquinas. A Inglaterra foi precursora no movimento, devido a diversos fatores, entre eles: possuir uma rica burguesia, o fato do país possuir a mais importante zona de livre comércio da Europa, o êxodo rural e a localização privilegiada junto ao mar o que facilitava a exploração dos mercados ultramarinos.

⁶ Art. 392. A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário.

o 28º dia antes do parto e a ocorrência deste, podendo este período ser aumentado de duas semanas cada um, também necessitando de comprovação de atestado médico. Em caso de antecipação do parto, o direito de licença de 120 dias é garantido. A mesma regra vale em casos de adoção, com previsão no Art. 392-A⁷

Também é direito da empregada, durante a gravidez, sem prejuízo de qualquer direito, bem como do salário, a transferência de função, quando necessário podendo retomar sua função anteriormente exercida, bem como dispensa do horário de trabalho pelo tempo necessário para a realização de consultas e demais exames complementares.

Caso ocorra a morte da genitora, fica assegurado ao seu esposo/companheiro empregado o gozo de licença por todo o período da licença, ou pelo tempo restante a que teria direito a mãe, exceto no caso de falecimento do filho ou de seu abandono. É facultado à mulher grávida, mediante apresentação de atestado médico, romper qualquer compromisso resultante de qualquer contrato de trabalho, desde que este seja prejudicial à gestação.

A mulher não sofre prejuízo algum em sua remuneração, inclusive do valor do adicional de insalubridade, devendo ser afastada de atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto dura a gestação, e atividades em grau médio ou mínimo, mediante apresentação de laudo, emitido por médico de confiança da gestante, recomendando o afastamento desta. Quanto ao pagamento deste adicional ficará a cargo da empresa, observado o artigo 248⁸ da Constituição da República.

⁷ Art. 392-A. À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança ou adolescente será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 13.509, de 2017)

§ 4º A licença-maternidade só será concedida mediante apresentação do termo judicial de guarda à adotante ou guardiã. (Incluído pela Lei nº 10.421, 15.4.2002)

§ 5º A adoção ou guarda judicial conjunta ensejará a concessão de licença-maternidade a apenas um dos adotantes ou guardiães empregado ou empregada. (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013)

⁸ Art. 248. Os benefícios pagos, a qualquer título, pelo órgão responsável pelo regime geral de previdência social, ainda que à conta do Tesouro Nacional, e os não sujeitos ao limite máximo de valor fixado para os benefícios concedidos por esse regime observarão os limites fixados no art. 37, XI.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos

Caso não seja possível o afastamento da gestante ou lactante da sua atividade inapropriada para a sua condição, será considerada gravidez de risco e ensejará a percepção do salário maternidade, durante todo período de afastamento.

A Carta Magna de 1988, bem mais nova que a CLT, garantiu em seu artigo 5º a igualdade de direito entre ambos os sexos, mas não suprimiu direitos das mulheres, seguindo o ideal da igualdade no tratamento, tratando o “desigual de forma desigual”. Desta forma, as normas exclusivas que garantem os direitos da mulher, possuem como base o princípio da igualdade, fazendo com que as diferenças entre os gêneros sejam compensadas.

Já a questão da maternidade e sua proteção, as disposições legais estabelecidas visam proteger a mãe trabalhadora, bem como a criança e a família como um todo. A grávida tem sua estabilidade garantida no art.10, II, b do Ato das Disposições Transitórias da Constituição da República de 1988, sendo assim ela não pode ser demitida de forma arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, sendo esse direito garantido da data da confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, caso o empregador desrespeite a norma, a gestante terá direito à reintegração no emprego, ou a receber os salários do período da estabilidade.⁹

Esse direito constitucional de estabilidade garantido às mulheres, deve ser visto como uma grande vitória do gênero, pois seria bastante improvável que, nesse período de gestação, ela conseguisse outro emprego. Além do mais, os cinco meses garantidos após o parto é um tempo bastante razoável para que a gestante se recupere do parto e cuide do recém-nascido nos seus meses iniciais de vida.

Outra proteção constitucional está prevista em seu artigo 7º, XVIII, assegurando à gestante o período de 120 dias de licença, sem prejuízo do emprego e nem do salário, sendo uma espécie de afastamento obrigatório, sendo interrompido o contrato de trabalho.

Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos.

⁹ É necessário esclarecer que a estabilidade se inicia com a gravidez da empregada, comprovada pelo exame médico ou laboratorial, e não da comunicação do fato ao empregador, entendimento já pacificado no Tribunal Superior do Trabalho.

4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE O BENEFÍCIO SALÁRIO-MATERNIDADE VISA PROTEGER

A proteção à maternidade é um importante direito social inserido no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, onde visa garantir proteção à gestante e, principalmente, ao bebê.

No texto constitucional não há muitos dispositivos que se destinam ao instituto da maternidade, mas sem dúvida sua inserção entre o rol dos direitos sociais confere uma importância elevada em relação a outros direitos e garantias.

A interpretação da Constituição é denominada de Hermenêutica Constitucional e possui alguns estudos acerca da importância, interpretação e amplitude dos direitos sociais, desta maneira é importante para a presente pesquisa, antes de estudar a ampliação de um direito social, definir e compreender o significado e a extensão da proteção à maternidade.

A proteção à maternidade se trata de um direito social e, apesar de haver na doutrina uma divergência quanto à possibilidade de reformas nos direitos sociais, para Gilmar Ferreira Mendes (2012, p. 192) “os direitos sociais são sim cláusulas pétreas e são revestidas de imutabilidade”.

Como já dito acima, o salário maternidade é um direito que possui garantia constitucional, e tem como princípios o da dignidade da pessoa humana, da solidariedade familiar, do pluralismo das entidades familiares, igualdade e da proibição do retrocesso social.

4.1 Dignidade da pessoa humana

Inicialmente, será abordado o princípio da dignidade da pessoa humana, também conhecido como “macro princípio”, estando disposto no art. 1º, III da Constituição da República, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. A primeira menção deste foi na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que teve sua aprovação pela Assembleia Geral da ONU, em 1948, trazendo este princípio já no seu preambulo, com o seguinte texto:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis constitui

o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo [...]. Considerando que as Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e valor da pessoa humana [...].

Este princípio também é mencionado na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no seu artigo 11, § 1º, que “toda pessoa humana tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade”.

Ingo Sarlet, traz em sua obra uma definição:

[...] por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como vênhem a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos [...] (SARLET, 2004, pág. 54).

Gustavo Tepedino também aborda o tema:

Com efeito, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do § 2º do art. 5º no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento [...] (TEPEDINO, 1999, pág. 48).

Sendo assim, pode-se considerar este primeiro princípio estudado como a base do ordenamento pátrio, sendo um dos mais importantes. Relacionando este ao tema, pode-se entender que o salário-maternidade é uma forma de garantir a dignidade tanto da mãe, quanto da criança, pois ela não ficará desamparada financeiramente no período que estará impossibilitada de trabalhar, podendo garantir seu sustento e de sua família.

4.2 Solidariedade familiar

Agora, tratando acerca da solidariedade familiar, no último centenário, a sociedade evoluiu bastante em seu sentido coletivo, com o surgimento do Estado Social, foi criado o sistema de segurança social, o qual tinha por objetivo a garantia da assistência social, saúde e previdência para todos, sendo um dos deveres do Estado.

Diante disso, pode-se dizer que o princípio agora exposto, da solidariedade familiar, está incluso neste sistema acima descrito.

O mesmo possui sua previsão na ordem constitucional brasileira nos artigos: 226, 227 e 230¹⁰. Deste modo, fica clarividente, que sob o ponto de vista do legislador constitucional, o intuito de proteger a família, não sendo o dever de cuidado único e exclusivo do Estado, exemplo disso é a obrigação alimentícia. Nesse sentido, o benefício do salário maternidade é uma forma de proteção, pois este visa dar possibilidades ao segurado de garantir o sustento da sua família, mantendo a qualidade de vida destes.

Por fim, deve-se ressaltar que solidariedade não se define apenas em respeito e consideração recíprocos em relação aos familiares, ela também não é apenas patrimonial/ financeira, mas também afetiva e psicológica, podendo ser definida como uma forma de assistência reciproca entre parentes, tornando ainda mais importante a licença maternidade, bem como o salário-maternidade, sendo o principal objetivo destes manter a base familiar, não deixando a família desamparada quando no momento da concepção de uma criança.

4.3 Pluralismo das entidades familiares e igualdade

Estes dois princípios serão tratados no mesmo tópico, visto que há uma relação entre estes. O pluralismo das entidades familiares pode ser considerado uma revolução que acompanha a evolução da sociedade.

A antiga concepção de família, chamada de “tradicional”, no direito brasileiro sofreu forte influência do direito romano, em que a família era iniciada pelo casa-

¹⁰ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência,残酷 e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

§ 1º Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.

mento, sendo consagrada a união entre o homem e a mulher, definição esta com traços religiosos. Neste sentido, Tânia da Silva Pereira entende que:

A doutrina jurídica reconhece que o direito romano forneceu ao Direito brasileiro elementos básicos da estruturação da família como unidade jurídica, econômica e religiosa, fundada na autoridade de um chefe, tendo essa estrutura perdurado até os tempos atuais. (PEREIRA, 2004, p. 641)

Hoje o conceito de família é bem mais amplo que em algumas décadas atrás, a promulgação da CR de 1988, trouxe novos parâmetros familiares, aceitando não apenas o casamento como marco inicial da formação da família, como também a união estável e a base formada por um dos pais e seus descendentes, chamada de família monoparental. Uma vez que a Carta Maior traz essa nova definição de família, cabe ao direito segui-la, acompanhando a mudança cultural da sociedade, é o que diz os doutrinadores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

[...] o conceito de família mudou significativamente até que, nos dias de hoje, assume uma concepção múltipla, plural, podendo dizer respeito a um ou mais indivíduos, ligados por traços biológicos ou sócio-psico-afetivos, com intenção de estabelecer, eticamente, o desenvolvimento da personalidade de cada um. (FARIAS, 2012, p. 45)

Desta feita, o conceito foi flexibilizado, tendo sua formação diretamente ligada no afeto e nas condições sociais vividas pelo indivíduo. A afetividade é um elo de ligação muito maior do que a própria relação hierárquica existente. Relacionando o princípio ora estudado com o tema, fica mais fácil entender as alterações trazidas pela Lei 12.873/13, que vem respeitando a diversidade familiar existente, deixando o benefício da licença maternidade de ser exclusivo das mulheres, como também o parto não sendo seu único evento gerador, garantindo ao segurado ou segurada, respeitadas as regras, a percepção do seu salário sem qualquer prejuízo posterior.

Já em relação ao princípio da igualdade este ficou garantido na CR/88, em seu artigo 5º, e 7º, XXX¹¹, que tanto o homem quanto a mulher possuem os mesmos direitos, devendo ser tratados de forma igual.

¹¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

Segundo o doutrinador da seara constitucional Alexandre de Moraes:

O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio Poder Executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situação idêntica. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça e classe social. (MORAES, 2002, p. 65).

Sendo assim, fica observado mais um motivo para tal modificação trazida pela Lei 12.873/13, tratando sobre a licença e o salário-maternidade, ampliando o rol de direitos dos segurados do INSS, não havendo distinção de sexo, desde que sejam respeitas as normas estabelecidas para cada caso.

4.4 Proibição do retrocesso social

O chamado princípio da proibição de retrocesso social, que está subentendido na CR de 1988, advindo do sistema jurídico-constitucional, tem como propósito a restrição da liberdade de criação do legislador infraconstitucional, não autorizando este subtrair ou reduzir, ainda que seja parcialmente, de forma abusiva e sem acompanhamento de uma política que seja similar ou substitutiva, o nível de concretização alcançado por um determinado direito fundamental social.

Neste contexto Sarlet diz:

[...] a segurança jurídica, na sua dimensão objetiva, exige um patamar mínimo de continuidade do (e, no nosso sentir, também no) Direito, ao passo que, na perspectiva subjetiva, significa a proteção da confiança do cidadão nesta continuidade da ordem jurídica no sentido de uma segurança individual das suas próprias posições jurídicas.

A essência do princípio da proibição de retrocesso social está relacionada com a probabilidade de reconhecimento do grau de vinculação do legislador aos ditames constitucionais relativos aos direitos sociais, podendo entender que, uma vez alcançado determinado grau de concretização de uma norma constitucional definidora de direito social - aquela que descreve uma conduta, omissiva ou comissiva, a ser seguida pelo Estado e por particulares - , fica o legislador proibido de suprimir ou reduzir essa concretização sem a criação de mecanismo equivalente ou substituto.

O princípio tem sede material na Carta Magna de 1988, decorrendo dos princípios do Estado social e democrático de direito, da dignidade da pessoa humana, da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, da segurança jurídica e da proteção da confiança, do valor social do trabalho e da valorização do trabalho humano.

Além disso, o princípio decorre da imposição constitucional de ampliação dos direitos fundamentais sociais, da redução das desigualdades sociais e da construção de uma sociedade marcada pela solidariedade e pela justiça social. Levam-se em consideração, ainda, a tendência do direito internacional de progressiva implementação efetiva da proteção social por parte dos Estados e o argumento de que a negação do princípio significaria que o legislador dispõe do poder de livremente tomar decisões, ainda que em flagrante desrespeito à vontade expressa do legislador constituinte.

Tal princípio agora tratado, possui conteúdos positivo e negativo. O positivo consiste no encargo de o legislador permanecer na intenção de alargar, progressivamente e de acordo com as condições fáticas e jurídicas (incluindo as orçamentárias), o grau de concretização dos direitos fundamentais sociais. Não se trata de mera manutenção do *status quo*, mas de imposição da obrigação de avanço social.

O conteúdo negativo - subjacente a qualquer princípio - que, no caso, prevalece sobre o positivo, refere-se à imposição ao legislador de, ao elaborar os atos normativos, respeitar a não-supressão ou a não-redução dos direitos fundamentais sociais que já tenham alcançado por meio da legislação infraconstitucional, isto é, por meio das normas que concretizam dos direitos fundamentais sociais insertos na Constituição.

Sendo assim, por fim vislumbra-se alguns doutrinadores como Lenio Luiz Streck, Luís Roberto Barroso, Ana Paula de Barcellos, Luiz Edson Fachin, Juarez Freitas, Suzana de Toledo Barros, Patrícia do Couto Villela Abbud Martins e José Vicente dos Santos Mendonça, destacando-se as contribuições de Ingo Wolfgang Sarlet e Felipe Derbli, a doutrina brasileira reconhece a existência do princípio no sistema jurídico-constitucional pátrio, como se vê abaixo:

Cuida-se de uma construção jurídica alicerçada nos preceitos da Constituição Federal de 1988 que, tendo em vista a dinâmica do processo social e a inconveniência de uma petrificação do ordenamento jurídico, principalmente, com vistas a atender as diversas e cada vez mais complexas demandas

sociais, inviabiliza, de pronto, uma noção absolutizada do princípio da proibição do retrocesso social. Este retrocesso, todavia, será sempre – prima facie – inconstitucional, carecendo de uma justificativa constitucionalmente adequada e que atenda ao princípio da proporcionalidade – necessário, adequado e razoável – sob pena de ser impugnado em sede de controle de constitucionalidade, (FUHRMANN E SOUZA).

Sendo assim, este princípio garante que nenhum direito poderá ser usurpado do cidadão, relacionando ao tema do presente trabalho, pode-se dizer que a garantia tanto Constitucional quanto na Consolidação das Leis Trabalhistas em relação ao salário e a licença-maternidade não pode ser retirada dos segurados, visto que um dos objetivos destes é dar uma garantia ao trabalhador de poder cuidar da sua família e continuar recebendo seus rendimentos, sendo a retirada do salário uma forma de retrocesso social.

5 DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO E AS PERSPECTIVAS JURÍDICAS NO CENÁRIO CONTEMPORÂNEO

A doação temporária do útero, ou barriga solidária ocorre quando um casal que deseja ter um filho é impedido devido à infertilidade, fazendo com que estes procurem algum parente até o quarto grau para gestar a criança, através de uma FIV (fertilização *in vitro*), sendo assim definido pela Resolução 2.121/15 do Conselho Federal de Medicina. Em situações excepcionais em que não haja qualquer parentesco, é necessário instruir um processo para que só assim o CFM autorize a gestação, no qual todos os envolvidos terão seu histórico analisados.

A prática gestacional conhecida por *barriga de aluguel*, *Surrogate Mother* em inglês, *Mère Porteuse* em francês, também denominado pelos doutrinadores de “gestação em substituição”, “doação temporária do útero” e outros, é, na concepção de autores como Caio Mario da Silva Pereira (2013), uma prática vedada por nosso ordenamento jurídico, segundo ele:

Uma distinção muito vívida se estabelecia entre filiação legítima e filiação natural, sendo que a primeira dava origem a uma relação jurídica que é correlata à situação de fato, instituindo-se o vínculo jurídico que liga o filho ao pai e à mãe. Este vínculo defluía do casamento e só se destruía mediante uma atuação jurisdicional contrária. Já na filiação extramatrimonial não ocorria a mesma coincidência entre o fato do nascimento e a relação jurídica. Especialmente no que concerne à paternidade, pois nosso direito buscava subsídio no direito romano, sempre presumiu com base no casamento: *pater is est quem nuptiae demonstrant*; mas como a Lei não dispunha de dados exatos para identificar o genitor, contentava-se com a fórmula: *pater semper incertus*. (PEREIRA, Caio Mário da Silva, 2013, p. 372)

Isso porque a Constituição da República de 1988 em seu art. 199, §4º diz que:

A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

Já para outros, como a autora Maria Berenice Dias não há qualquer vedação constitucional ou legal quanto ao empréstimo temporário do útero, como se pode ver, ela diz:

Há quem sustente, em sede doutrinária, que tal vedação alcança inclusive a cessão gratuita do útero para gestação por conta de outrem. No entanto, Resolução do Conselho Regional de Medicina admite a cessão temporária

do útero sem fins lucrativos, desde que a cedente seja parente até o segundo grau (ou seja, mãe, avó, neta ou irmã) da mãe genética. Apesar da omissão da norma regulamentadora, mister admitir que também parentes por afinidade (sogra ou cunhada) podem ceder o útero. A possibilidade de uso do útero alheio elimina a presunção mater semper certa est, que é determinada pela gravidez e pelo parto. Em consequência também cai por terra a presunção pater est, ou seja, que o pai é o marido da mãe. Assim, quem dá a luz não é a mãe biológica e, como o filho não tem sua carga biológica, poderia ser considerada, na classificação geral (CC 1.593), como mãe civil. (DIAS, Maria Berenice, 2016, p. 371)

Contudo é vedada qualquer comercialização, e contraprestação financeira, de modo que o empréstimo do útero deve ser gratuito.

Tanto é assim que o Conselho Federal de Medicina através da Resolução 2.013/2013, que foi modificada pela Resolução 2.121/2015 dispõe que:

Das situações e procedimentos em que os médicos poderão proceder a realização da gestação por substituição, sendo que além das situações ali previstas é possível mediante aprovação do Conselho Regional de Medicina ao qual o médico esteja submetido. (BRASIL. Resolução do CFM n. 2.013, de 09 de maio de 2013. Brasília, DF.

Como se pode ver, o ordenamento jurídico pátrio não possui nenhum tratamento em relação ao tema, nem mesmo a Lei 12.873/13 que veio trazendo novas regulamentações na seara da maternidade, garantindo direito a casais homoafetivos, mas ficando omissa em relação ao tema estudado, ficando todas regulamentações a cargo do CFM, sendo incorporadas pelo CNJ.

Diante disso, sem a devida orientação jurídica, não se tem nenhuma segurança sobre o tema, existindo algumas formas de resolução do conflito, mas nenhuma ainda sedimentada.

6 A DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO NO DIREITO COMPARADO

Como já explicitado, a evolução da medicina trouxe a possibilidade de pessoas inférteis, ou mesmo casais homoafetivos a terem um filho com seu próprio material genético, a partir de agora, será comparada a prática da doação temporária do útero pelo mundo.

Ao contrário do que ocorre no Brasil, na Índia é permitida a cobrança de um valor para que uma mulher possa gestar uma criança em maternidade de substituição. Assim como no Brasil, na Índia também não há qualquer lei que regulamente tal prática, sendo assim casais que possuem dificuldade para engravidar se dirigem até o país, onde se tem clínicas especializadas, e pagam pelo uso de um útero. Em países como Índia e Ucrânia, desde o ano de 2002 se tem a possibilidade de realizar a doação temporária do útero com caráter oneroso.

No Brasil, as técnicas de reprodução assistida podem ser utilizadas tanto por casais heterossexuais como por casais homoafetivos e pessoas solteiras, regulamentação essa trazida pela Resolução 2013/2013 do CFM. Já na Índia tais práticas somente são permitidas em casais formados por homem e mulher e que sejam casados há pelo menos dois anos.

Na Tailândia, a cessão do útero, assim como no Brasil, não deve apresentar caráter lucrativo ou comercial – disposições do código médico de ética – porém não há lei que regulamente o assunto (WENTZEL, 2011).

Já na vizinha Argentina, existe uma regulamentação em relação maternidade de substituição, sendo assim, quando um casal seja heterossexual ou homossexual, assim como pessoas solteiras tiverem interesse na prática, necessitaram primeiro de uma aprovação de um juiz, antes da implantação do embrião. O magistrado solicitará certificados psicológicos e médicos atestando a boa saúde da gestante e seu livre consentimento.

Fica determinado ainda, que o interessado em tal procedimento deverá comprovar sua incapacidade para conceber ou de levar uma gravidez até o final. Por fim, devem ser observadas outras duas regras: a gestante só poderá emprestar sem ventre por duas vezes, devendo ter pelo menos um filho biológico para garantir que comprehende a gravidez de seu compromisso, e o acordo deve ser gratuito, sendo

que os gastos médicos, de assistência ou alimentação que possam ser pagos não implica a perda do caráter altruísta da prática.

É de grande valia que a gestação em substituição seja regulamentada a ponto de possuir caráter altruísta, com a finalidade de impedir eventual exploração econômica de mulheres com menores condições financeiras, para não se tornar apenas meros objetos ao venderem seus úteros, mas sim auxiliadoras na criação da vida humana, sendo uma conduta que não se pode ter um valor financeiro.

Nos Estados Unidos, a doação temporária do ventre não só é permitida como também é compreendida dentro da esfera de negócio jurídico contratual. Nesse sentido, demonstra o doutrinador Valdemar Pereira da Luz (2009, p. 174) que “as decisões judiciais vêm adotando o critério contratualista, decidindo as demandas propostas pelos pais contratantes a favor deles, obrigando-se a mãe gestante (biológica) à entrega da criança.”

Partindo agora para o continente europeu, em Portugal, diferentemente dos outros países acima mencionados, existe uma legislação que aborda o tema estudado aqui, sendo a Lei nº 32/2006, de 26 de julho, que vem trazendo a normatização acerca das práticas de reprodução assistida. Seu artigo 8º preceitua que:

1 – São nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de maternidade de substituição.

2 – Entende-se por “maternidade de substituição” qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade.

3 – A mulher que suportar uma gravidez de substituição de outrem é havida, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que vier a nascer (PORTUGAL, 2006).

A mesma norma, no seu dispositivo de número 39, traz regulamentações em relação a punição para aqueles que não seguirem o disposto no artigo outrora citado, quais sejam:

1 – Quem concretizar contratos de maternidade de substituição a título oneroso é punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias.

2 – Quem promover, por qualquer meio, designadamente através de convite directo ou por interposta pessoa, ou de anúncio público, a maternidade de substituição a título oneroso é punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias (PORTUGAL, 2006).

Diante de todo exposto acima, pode-se entender que a prática da “maternidade de aluguel” em Portugal é considerada uma prática ilegal, visto que constitui crime com pena fixada em lei, sendo penas de multa e prisão.

O autor Marcelo Truzzi Otero explica como é a prática da gestação em substituição no Reino Unido, nas suas palavras:

O Reino Unido proíbe a gestação por outrem na modalidade onerosa, mas a admite na modalidade gratuita, desde que o consentimento da gestante se aperfeiçoe seis semanas após o parto. Canadá e Grécia adotam regras semelhantes, condicionando a contratação à gratuidade e ao consentimento qualificado que, no Canadá, pode ser aperfeiçoado somente após os vinte e um anos de idade da gestante e, na Grécia, mediante autorização judicial (OTERO, 2010).

Na Alemanha a prática também é proibida, sendo ela com fins lucrativos ou não, vejamos as palavras de Flávio Alves Martins:

Um exemplo é a Alemanha, que na Lei de Proteção aos Embriões, “tipifica como crime a conduta daquele que proceder à fecundação artificial em mulher que esteja disposta a ceder definitivamente o seu filho a terceiros após o nascimento, podendo a pena ser desde multa até prisão por três anos” (MARTINS, 2013).

Continuando ainda no continente europeu, em terras espanholas a prática é vedada. Conforme ensinamento de Valdemar Pereira da Luz (2009, p. 174), “na Espanha, a legislação não admite utilização da maternidade substituta, mas se, não obstante a proibição legal, verificar-se um nascimento desse tipo, a filiação será determinada pelo parto.”

Assim dispõe a lei:

Artigo 10:

1. Será nulo de pleno direito o contrato em que for acordada gestação, com ou sem preço, por uma mulher que renuncia a filiação materna em favor do contratante ou de um terceiro.
2. A filiação dos filhos nascidos por gestação de substituição será determinada pelo parto.
3. Fica a salvo a possível ação de reclamação de paternidade a respeito do pai biológico, conforme as regras gerais (ESPAÑHA, 1988; tradução minha).

Em terras brasileiras, a filiação não é definida pelo parto, pois conforme regulamentação da Resolução 2013/2013 do CFM, deve existir uma garantia do registro civil do registro em cartório da criança que virá a ser concebida pelos pais que doa-

ram o material genético, em que a documentação deve ser providenciada antes do fim da gravidez.

7 A DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO E O CONFLITO EM RELAÇÃO A TITULAR DO BENEFÍCIO SALÁRIO-MATERNIDADE

O presente trabalho pretende abordar a possibilidade de concessão de salário maternidade tanto para a mãe portadora, que é a gestante, como também para a mãe solicitante, que compreende a mãe genética ou a doadora do óvulo, também conhecida como mãe social, que é aquela que acolherá a criança após o parto para registrá-la como filha nos termos da lei.

É para o bem-estar e para a felicidade do ser humano que o sistema previdenciário brasileiro deve se direcionar. É para garantir seu estado de bem viver, condignamente, com o respaldo moral de poder assegurar a si e a sua família o sustento, a saúde, e o progresso material e espiritual contínuo e crescente, a que deve voltar-se esse sistema. Isso é sinônimo de justiça social.

Juarez Freitas esclarece que “só a ordenação sistemática permite entender a norma questionada não apenas como fenômeno isolado, mas como parte de um todo”. (FREITAS, 1998).

O autor em referência assevera que:

[...] cada preceito deve ser visto como uma parte viva do todo, eis que é do exame em conjunto que pode resultar melhor resolvido qualquer caso em apreço, desde que se busque descobrir qual é, na respectiva situação, o interesse mais fundamental”. (FREITAS, 1998, p. 53.)

É preciso destacar que a Constituição Federal de 1988 representa um documento jurídico que interage com todos os elementos imprescindíveis à estrutura do Estado de Direito e a defesa dos princípios e valores essenciais que fundamentam o regime democrático brasileiro, quais sejam: a cidadania e a preservação da dignidade da pessoa humana. Essa mesma Constituição também atribui como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, bem como promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

À luz dos fundamentos do estado Democrático de Direito e dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil impõe-se interpretar a concessão do salário maternidade para a mãe portadora e para a mãe genética na maternidade

substitutiva à vista de uma hermenêutica constitucional condizente com o perfil traçado pelo constituinte brasileiro de 1988.

Segundo Gilmar Ferreira Mendes:

Modernamente o princípio da interpretação conforme passou a consubstancializar também um mandato de otimização do querer constitucional, ao não significar apenas que entre distintas interpretações de uma mesma norma há de se optar por aquela que a torne compatível com a Constituição, mas também que, entre diversas exegeses igualmente constitucionais, deve se escolher a que se orienta para a constituição ou a que melhor corresponde às decisões do constituinte.” (MENDES, 2007, p. 110).

Vale destacar que o legislador brasileiro instituiu um Estado Democrático de Direito baseado na promoção dos valores sociais individuais e nos princípios da dignidade da pessoa humana, conforme se anuncia no preâmbulo da própria Lei Maior de 1988 e nas disposições dos arts. 1º e 3º desta Carta.

De acordo com Juarez Freitas “interpretar é concretizar a máxima justiça social”. (FREITAS, 1998).

Na busca por melhor materializar a aplicação dos ideais sociais consubstancializados pelo constituinte brasileiro nos artigos 1º e 3º, é imprescindível considerar os ditames do art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, que assim determina: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito¹²”.

Segundo Antônio Borges de Figueiredo e Marcela Gallo de Oliveira:

Situações novas exigem soluções jurídicas inovadoras, por parte de todos os criadores ou aplicadores do direito, de modo que a mãe biológica (genitrix-solicitadora) deve ser considerada como mãe para todos os efeitos legais, inclusive trabalhistas e previdenciários, por interpretação extensiva ou finalista, ou mesmo por analogia.” (FIGUEIRDO, 2007, p. 114.).

O princípio da unidade da Constituição impõe ao intérprete a exigência de uma interpretação sempre sistemática e em conexão com os demais dispositivos constitucionais.

Consoante nos ensina Gilmar Ferreira Mendes:

¹² Decreto Lei Nº 4.657, de 4 de setembro de 1.942.

As normas constitucionais devem ser vistas não como normas isoladas, mas como preceitos integrados no sistema unitário de regras e princípios, que é instituído na e pela própria Constituição. Em consequência, a Constituição só pode ser compreendida e interpretada corretamente se nós a entendermos como unidade, do que resulta, por outro lado, que em nenhuma hipótese devemos separar uma norma do conjunto em que ela se integra, até porque – relembre-se o círculo hermenêutico – o sentido da parte e o sentido do todo são interdependentes. (MENDES, 2007, p. 110.)

Nesse enredo, se a concessão do salário maternidade para a mãe biológica não impede a concessão de igual benefício em caso de adoção ou guarda para fins de adoção de uma criança, nos termos do art. 71-A¹³, da Lei 8.213/1991, idêntico tratamento deve ser estabelecido para a maternidade substitutiva, a favor das duas seguradas.

Estabelece, ainda, o art. 236, § 5º da Instrução Normativa nº 11 de 2005 que “o salário maternidade é devido à segurada independentemente de a mãe biológica ter recebido o mesmo benefício quando do nascimento da criança”.

Como bem assevera Wladimir Novaes Martinez, “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)

Para Miguel Horvath Júnior, “a legislação deve ser alterada para proteger também a generatrix, compartilhando-se o benefício em questão”. (HORVATH, 2004)

Apesar do tema ainda não receber tratamento jurídico adequado, ambas as seguradas devem receber a proteção social na seara previdenciária. Assim, seria inaceitável e ofenderia frontalmente os ditames sociais já mencionados e traçados pela Constituição Federal de 1988.

De acordo com Maria do Perpétuo Castro:

Em razão da divisão dos papéis da mãe biológica e da mãe sócio afetiva, na linha de solução para a licença parental e a licença por adoção, é válido seguir o mesmo tratamento jurídico, por analogia, no interesse da criança em sua tenra formação, concedendo-se a licença maternidade e o salário ma-

¹³ Art. 71-A. Ao segurado ou segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança é devido salário-maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias. (Redação dada pela Lei nº 12.873, de 2013)

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

§ 2º Ressalvado o pagamento do salário-maternidade à mãe biológica e o disposto no art. 71-B, não poderá ser concedido o benefício a mais de um segurado, decorrente do mesmo processo de adoção ou guarda, ainda que os cônjuges ou companheiros estejam submetidos a Regime Próprio de Previdência Social. (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013) (BRASIL, 1991)

ternidade em favor de duas pessoas distintas. (CASTRO, Maria do Perpetuo. A Concretização da Proteção da Maternidade no Direito do Trabalho. Revista LTr, vol. 69, Agosto de 2005, p. 950.).

Dessa maneira, conclui-se que a Constituição de 1988 possui pressupostos hermenêuticos constitucionais que orientam a interpretação ampliativa no que toca à concessão do salário maternidade para a mãe hospedeira e para a mãe genética na maternidade substitutiva.

Segundo Luís Roberto Barroso:

A Constituição interpreta-se como um todo harmônico, onde nenhum dispositivo deve ser considerado isoladamente. Mesmo as regras que regem situações específicas, particulares, devem ser interpretadas de forma que não se choquem com o plano geral da Carta. (BARROSO, 1996, p. 118.)

No pensamento de Christiane Oliveira Peter:

A interpretação sistemática é fruto da ideia de unidade do ordenamento jurídico constitucional. Por meio dela o intérprete situa o dispositivo a ser interpretado dentro do contexto normativo geral e particular estabelecendo as conexões internas que enlaçam as instituições e as normas jurídicas. (SILVA, 2005, p. 274.)

Preceitua, ainda, o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e as exigências do bem comum”.

Em um caso concreto ocorrido em Nova Lima - MG, um casal que não podia gestar uma criança, resolveu pedir a mãe do doador para que ela gestasse, ficando caracterizado um caso de gestação por substituição. Após o nascimento da criança, o primeiro empecilho enfrentado pelo casal foi o registro da mesma, pois o hospital na Declaração de Nascido Vivo constava a avó como mãe do recém-nascido. Sendo assim o pai não conseguiu efetuar o registro no cartório, sendo necessária intervenção judicial. Neste caso concreto, tanto a mãe quanto a avó receberam a licença-maternidade.¹⁴

Como se vê, apesar das lacunas para o caso em tela, deve ser concedidos os mesmos direitos previdenciários para a gestante e para a mãe sócio afetiva desde

¹⁴ **Procriar.** Casal de Belo Horizonte e, com problemas para ter filhos, recebe ajuda dentro da família. Disponível em: <<http://www.pro-criar.com.br/news/n0002.html>>

que claro, estejam presentes os requisitos traçados pela Resolução nº 1.358 de 1993 do Conselho Federal de Medicina, pois nenhuma norma do direito positivo representa apenas a si mesmo, mas ao menos se relaciona com todo o ordenamento jurídico.

Segundo Antônio Borges de Figueiredo e Marcela Gallo de Oliveira:

A concessão do salário maternidade para a mãe biológica não impede a concessão de igual benefício em caso de adoção ou guarda para fins de adoção de criança com idade não superior a oito anos (art. 93-A, § 1º, do Decreto nº 3.048/99). Idêntico tratamento jurídico pode ser aplicado, em caso de maternidade por substituição, vulgarmente conhecida como barriga de aluguel, a favor das duas seguradas, por interpretação extensiva, lógica ou finalista, senão por analogia. (FIGUEIREDO, 2007, p. 114.).

Neste sentido, o salário maternidade deve ser concedido por inteiro e de forma independente para cada uma das seguradas. A mãe social, por não estar grávida, deve gozar a licença maternidade e o salário maternidade a partir da data do nascimento da criança ou a partir da data em que registrar a criança como sua filha.

O benefício do salário maternidade consiste na proteção à maternidade, tendo como função social a integração mãe e filho nos primeiros meses de vida da criança e o restabelecimento da saúde da segurada. Nos casos de maternidade substitutiva, a mãe portadora passará pelo parto, fazendo jus ao benefício, uma vez que precisa se restabelecer, visto que, como todos sabem a gestação traz grandes transformações físicas em uma mulher, sendo assim não tendo esta capacidade para dar à luz em um dia e voltar as suas atividades laborativas logo depois.

A mãe genética, por sua vez, também faz jus ao benefício, pois é ela quem ficará com a criança, necessitando do benefício para que possa ser possível a integração mãe e filho.

Este é o tempo de reproduzir uma nova interpretação para as palavras contidas na lei, visto que, norma alguma do direito positivo representa apenas a si mesma, e sim se relaciona com todo o ordenamento jurídico. Diante disso, para se alcançar a verdadeira democratização:

[...] o princípio da dignidade da pessoa humana há de ser considerado como o fundamento de todo o sistema dos direitos fundamentais, no sentido de que estes constituem exigências, concretizações e desdobramentos da dignidade da pessoa humana e com fundamento nesta devem ser interpretados. (JÚNIOR, 2006, p. 67.)

No entendimento de Juliana de Oliveira Xavier Ribeiro (Mestre em Direito Previdenciário pela PUC de SP, coordenadora do Instituto Brasileiro de Estudos-IBEST, BBG Sociedade de Ensino e Cursos Êxito, professora de cursos de pós-graduação, cursos preparatórios e graduação) para encontrarmos uma solução plausível para o caso concreto, levando em consideração o lado social da questão, temos que buscar pontos de reflexão que possam servir de auxílio para o preenchimento desta lacuna jurídica. Sendo assim, ela apresenta três formas para a resolução do referido problema, sendo eles:

Concessão do salário-maternidade somente para mãe biológica.

A tendência civilista de se considerar mãe aquela que é mãe biológica da criança não serve para a concessão do salário-maternidade, pois estariam deixando de lado a pessoa que está diretamente vinculada ao fato de gerador de benefício.

Concessão do salário-maternidade somente para a barriga de aluguel

Esta concessão também estaria no lado oposto da questão social, uma vez que, estaria deixando que a mãe biológica pudesse desfrutar do convívio da criança ao longo dos seus primeiros meses de vida.

Concessão do salário-maternidade para ambas

Quanto aos ideais de justiça social e bem-estar, acreditamos ser esta concessão a mais plausível, desde que esta não prejudique o custeio da previdência social. Isto, porque, não há fundamento legal para que a concessão de dois salários-maternidade para a ocorrência de somente um fato gerador. (RIBEIRO, Juliana de Oliveira Xavier)¹⁵

Em vista dos argumentos apresentados e de toda explanação dos professores e doutrinadores aqui trazidas, resta concluído que a melhor maneira de se resolver tal questão é: a mãe genética, ou seja, aquela que doou seu material genético e que irá prover a criação ter direito ao salário-maternidade bem como a licença de 120 dias como é garantida por lei, seguindo os princípios da dignidade da pessoa humana, pois dará a mãe condições para a criação de seu filho, bem como o princípio constitucional da solidariedade familiar, que pode-se dizer que tem como objeto principal garantir a união e a base familiar, não podendo esquecer também o princípio do não retrocesso social, pois privar a mãe do afastamento do trabalho para cuidado com o filho seria uma forma de retrocesso social.

Já em relação à mulher que emprestou seu útero para gerar a criança, esta não pode ficar abandonada pelo Estado, devendo ter direito a um afastamento de 60 dias, para que assim possa se recuperar fisicamente das transformações sofridas

¹⁵ RIBEIRO, J. O. X. **Os efeitos jurídicos do salário-maternidade na barriga de aluguel.** Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33210-42128-1-PB.pdf>>

com a gestação, podendo voltar normalmente as suas atividades laborais. Esse afastamento também pode ser baseado nos princípios da dignidade da pessoa humana, visto que é uma forma de cuidado para com a mulher que gestou uma vida, bem como o princípio da proibição do retrocesso social, pois deixar uma mulher desamparada logo após de dar a luz é sim uma forma de regresso.

8 CONCLUSÃO

A concessão de salário-maternidade independe de carência para as seguradas empregadas (inclusive as domésticas) e as trabalhadoras avulsas. Para as contribuintes individuais, seguras especiais e facultativas, exige-se a carência de 10 contribuições mensais para a concessão. O benefício do salário-maternidade está disciplinado no Decreto 3.048/1999, em seus artigos 93 a 103, bem como nos artigos 71 a 73 da Lei 8.213/1991. Para a concessão deste devemos observar alguns critérios, sendo eles: material, temporal, espacial, pessoal e quantitativo.

Não se pode esquecer que existe diferença entre licença-maternidade e salário-maternidade. A licença-maternidade é um benefício de natureza trabalhista e compreende o período em que a lei trabalhista garante à empregada gestante o direito de se afastar do trabalho em razão da gestação, adoção ou guarda para adoção, sem prejuízo do emprego ou salário. Já o salário-maternidade é um benefício de natureza previdenciária, a ser pago pelo INSS à todas as seguradas (não apenas à empregada), em razão do nascimento do filho, adoção ou guarda judicial para adoção.

Após muita luta e com a evolução da sociedade as mulheres passaram a ter garantias maiores. No Brasil, seu marco inicial foi com a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), em 1943, que possui sua vigência até nos dias atuais, tendo um capítulo (Título III, capítulo III) inteiramente voltado para as mulheres, estabelecendo variadas normas, visando inseri-las no mercado de trabalho, protegê-las do preconceito e da discriminação, além de garantir a elas condições especiais de trabalho, tendo em vista as características próprias da mulher, suas indiscutíveis diferenças físicas e psíquicas em relação ao homem. A maioria dessas regras são relacionadas à proteção da exclusiva e bonita "tarefa" das mulheres: a de gerar a vida.

A Carta Magna de 1988, bem mais nova que a CLT, garantiu em seu artigo 5º a igualdade de direito entre ambos os sexos, mas não supriu direitos das mulheres, seguindo o ideal da igualdade no tratamento, tratando o “desigual de forma desigual”. Desta forma, as normas exclusivas que garantem os direitos da mulher, possuem como base o princípio da igualdade, fazendo com que as diferenças entre os gêneros sejam compensadas.

Outra proteção constitucional está prevista em seu artigo 7º, XVIII, assegurando à gestante o período de 120 dias de licença, sem prejuízo do emprego e nem do salário, sendo uma espécie de afastamento obrigatório, sendo interrompido o contrato de trabalho.

A proteção à maternidade é um importante direito social inserido no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, onde visa garantir proteção à gestante e, principalmente, ao bebê.

No texto constitucional não há muitos dispositivos que se destinam ao instituto da maternidade, mas sem dúvidas a sua inserção entre o rol dos direitos sociais confere uma importância elevada em relação a outros direitos e garantias.

O princípio da dignidade da pessoa humana, também conhecido como “macro princípio”, estando disposto no art. 1º, III da Constituição da República, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. A primeira menção deste foi na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que teve sua aprovação pela Assembleia Geral da ONU, em 1948.

Sendo assim, pode-se considerar este primeiro princípio estudado como a base do ordenamento pátrio, sendo um dos mais importantes. Relacionando este ao tema, pode-se entender que o salário-maternidade é uma forma de garantir a dignidade tanto da mãe, quanto da criança, pois ela não ficará desamparada financeiramente no período que estará impossibilitada de trabalhar, podendo garantir seu sustento e de sua família.

Agora, tratando acerca da solidariedade familiar, no último centenário, a sociedade evoluiu bastante em seu sentido coletivo, com o surgimento do Estado Social, foi criado o sistema de seguridade social, o qual tinha por objetivo a garantia da assistência social, saúde e previdência para todos, sendo um dos deveres do Estado. Diante disso, pode-se dizer que o princípio agora exposto, da solidariedade familiar, está incluso neste sistema acima descrito.

O chamado princípio da proibição de retrocesso social, que está subentendido na CR de 1988, advindo do sistema jurídico-constitucional, tem como propósito a restrição da liberdade de criação do legislador infraconstitucional, não autorizando este subtrair ou reduzir, ainda que seja parcialmente, de forma abusiva e sem acompanhamento de uma política que seja similar ou substitutiva, o nível de concretização alcançado por um determinado direito fundamental social.

A doação temporária do útero, ou barriga solidária ocorre quando um casal que deseja ter um filho é impedido devido à infertilidade, fazendo com que estes procurem algum parente até o quarto grau para gestar a criança, através de uma FIV (fertilização *in vitro*), sendo assim definido pela Resolução 2.121/15 do Conselho Federal de Medicina. Em situações excepcionais em que não haja qualquer parentesco, é necessário instruir um processo para que só assim o CFM autorize a gestação, no qual todos os envolvidos terão seu histórico analisados.

No presente trabalho também foi analisado o tratamento que é dado para a barriga de aluguel em vários países do mundo, podendo ser concluído que, em sua maioria, países menos desenvolvidos se tem uma abertura maior, havendo poucas proibições em relação ao tema. Já em países mais desenvolvidos principalmente na Europa a prática requer mais cuidados, havendo mais regras, sendo a principal delas a preocupação em a gestação por substituição virar um “negócio” fazendo com que a mulher vire simplesmente um objeto de procriação.

Sendo assim, concluindo a presente monografia, visto que o objetivo desta não foi o esgotamento do tema, entende-se que o tema é bastante delicado e controverso, não existindo uma forma simples de resolução para tal. Se faz necessário a regulamentação do tema, para que assim haja uma garantia maior para todos aqueles que tiverem interesse em realizar a prática da doação temporária do útero.

REFERÊNCIAS

ALBURQUEQUE, R. C. A extensão do direito de salário maternidade e licença maternidade aos pais, aos casais homossexuais e as mães adotivas. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14979&revista_caderno=20> Acesso em: 10 out 2018.

ALVARENGA, R. Z. **A concessão do salário maternidade na gestação substitutiva**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7910> Acesso em: 10 set 2018.

ALVARENGA, R. Z. **O salário maternidade no regime geral de previdência social**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-salario-maternidade-no-regime-geral-de-previdencia-social,26063.html>> Acesso em: 15 ago 2018.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. **Decreto-Lei nº5.452**, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm> Acesso em 19 ago 2018.

CARVALHO, G. N. **O salário-maternidade no regime geral de Previdência Social**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-salario-maternidade-no-regime-geral-de-previdencia-social,35558.html#_ftn1> Acesso em: 25 ago 2018.

ESPAÑA. Ley nº 35, de 22 de noviembre de 1988. Técnicas de Reproducción Asistida.

LUZ, V.P. da. **Manual de Direito de Família**. Barueri: Manole, 2009.

MACENA, S. C. S. Os diretos e garantias da empregada gestante diante dos preconceitos e discriminações nas relações de trabalho e a proteção da maternidade. Disponível em: <http://www.lexmagister.com.br/doutrina_27608525_OS_DIRETOS_E_GARANTIAS_DA_EMPREGADA_GESTANTE_DIANTE_DOS_PRECONCEITOS_E_DISCRIMINACO-ES_NAS_RELACOES_DE_TRABALHO_E_A_PROTECAO_DA_MATERNIDADE.aspx> Acesso em: 10 out 2018.

MARTINS, F. A. et al. Maternidade de substituição no ordenamento jurídico brasileiro e no direito comparado. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6607>. Acesso em: 17 out. 2018.

MATA, M. **Proteção à Maternidade no Âmbito da Justiça do Trabalho e Constituição Federal**. Disponível em: <<https://advmerciadamata.jusbrasil.com.br/artigos/441078678/protecao-a-maternidade-no-ambito-da-justica-do-trabalho-e-constituicao-federal>> Acesso em: 15 ago 2018.

MENDES, G. F.; NASCIMENTO, C. V.; MARTINS, I. G. S. *Tratado de direito constitucional*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEROLA, S. Direitos da Mulher: A maternidade e os direitos que a protegem. Disponível em: <<https://sergiomerola85.jusbrasil.com.br/noticias/440131742/direitos-da-mulher-a-maternidade-e-os-direitos-que-a-protegem>> Acesso em: 15 ago 2018.

MORAES, A. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2002.

WENTZEL, M. Polícia liberta mulheres grávidas de ‘fazenda de bebês’ na Tailândia. **BBC Brasil**, 25 fev. 2011. Disponível em:

<HTTP://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2011/02/110225_tailandia_gang_barrig_as_mw.shtml>. Acesso em: 17 out 2018.

NAVIGANDI, J. O pluralismo nas entidades familiares e os novos moldes de família. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/namidi-a/12491/O+pluralismo+nas+entidades+familiares+e+os+novos+moldes+de+fam%C3%ADlia>> Acesso em 05 set 2018.

OTERO, M. T. Contratação da barriga de aluguel gratuita e onerosa: legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança. Disponível em: <http://www.pasquali.adv.br/public/uploads/downloads/microsoft_word_contratosgestacionais_27_01_2010.pdf>. Acesso em: 17 out. 2018

PEREIRA, T. S. Famílias possíveis: novos paradigmas na convivência familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Afeto, ética, família e o novo código civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PORTUGAL. Lei nº 32/2006, de 26 de julho de 2006. **Diário da República**, 1. série, nº 143, 26 jul. 2006.

SANTOS, A. R. A licença maternidade, por adoção, e o princípio da igualdade – O direito do homem. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI66226,61044-A+licenca+maternidade+por+adocao+e+o+princípio+da+igualdade+O+direito>> Acesso em: 10 out 2018.

SARLET, I. W. Dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
TEPEDINO, G.. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pág. 48

SCHIFINO, B. S. V. O instituto da licença-maternidade e as alterações oriundas da Lei nº 12.873/2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-instituto-da-licenca-maternidade-e-as-alteracoes-oriundas-da-lei-no-128732013,54564.html>> Acesso em: 04 out 2018.