

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS – UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS – FDA

MARIA MAYRA LEITE COSTA

**A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO E SUA INCIDÊNCIA NO ÂMBITO
TRABALHISTA: uma análise acerca da concessão da licença-maternidade, do salário-
maternidade e da estabilidade provisória**

MACEIÓ

2023

MARIA MAYRA LEITE COSTA

**A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO E SUA INCIDÊNCIA NO ÂMBITO
TRABALHISTA: uma análise acerca da concessão da licença-maternidade, do salário-
maternidade e da estabilidade provisória**

Trabalho de conclusão de curso, apresentado à Faculdade de Direito de Alagoas (FDA/UFAL) como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Jasiel Ivo

Assinatura do Orientador

MACEIÓ

2023

Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico
Bibliotecária: Betânia Almeida dos Santos – CRB-4 – 1542

C837g Costa, Maria Mayra Leite.
A gestação de substituição e sua incidência no âmbito trabalhista: uma análise acerca da concessão da licença- maternidade, do salário-maternidade e da estabilidade provisória / Maria Mayra Leite Costa. – 2023. 66 f.

Orientador: Jasiel Ivo.
Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso em Direito) –
Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Maceió, 2023.

Bibliografia: f. 59-66.

1. Gestação de substituição. 2. Licença-maternidade. 3. Salário-maternidade. 4. Direito trabalhista – Gestantes. I. Título.

CDU: 349.2

AGRADECIMENTOS

A Deus, por sempre me abençoar e nos momentos mais difíceis ser meu guia e minha luz.

À minha mãe, Ivana Leite, por ser meu impulso, minha base e minha força, por ser minha maior fã, capaz de acreditar em mim mais do que qualquer pessoa. Todos os sonhos alcançados sempre dedicarei a você.

Ao meu pai, meu anjo da guarda, que intercede do céu para que todos os sonhos que moram no meu coração sejam realizados.

À minha família, em especial, aos meus amados avós, Tito e Vanilza, por todo amor, colo e carinho que me deram ao longo da vida e, que eu sempre possa ser capaz de fazer seus olhos brilharem de orgulho por mim.

Às minhas primas, Maria Alice e Maria Elisa, minhas musas inspiradoras, que sempre incentivaram os meus estudos, e que jamais faziam ideia de que seriam tema de TCC, sou muito grata a vocês por todo amor e por serem mulheres tão fortes e admiráveis.

À minha afilhada, Maria Isabel, que com tão pouca idade já fez diferença em todas as nossas vidas, gratidão pela sua existência e, que você sempre possa ter orgulho da sua história.

À minha prima e amiga Mayara, por sempre estar atenta aos meus pedidos, por me aconselhar e dividir, acima de tudo, todos os momentos comigo.

Aos meus amigos, que me ajudaram nessa caminhada e que me fazem ser mais feliz.

Aos meus amigos conquistados ao longo do caminho na Universidade, destacando-se aqui as melhores amigas que eu poderia ter, Brenda Alejandra, Samara Carolline, Gabriela Borges e Ana Luiza.

À Mari, por sempre estar disposta a me ajudar e por, ao longo do caminho, ter se tornado uma grande amiga e uma mãezona do coração.

Por fim, agradeço, também, a todos que direta ou indiretamente contribuíram e torceram para que meus objetivos fossem atingidos e os meus sonhos realizados.

RESUMO

A técnica da gestação de substituição, conhecida, popularmente, como “barriga solidária” ou “barriga de aluguel”, vem sendo bastante praticada, atualmente, tendo em vista que é uma forma de reprodução assistida que auxilia pessoas com projetos parentais solo, casais homoafetivos e, principalmente, mulheres com problemas de infertilidade. Contudo, não há no ordenamento brasileiro lei ordinária que regule a matéria, de forma que diversas situações se encontram sem respaldo jurídico. Por conseguinte, também não há no âmbito trabalhista e previdenciário disposições acerca da concessão dos direitos, licença-maternidade, salário-maternidade e estabilidade provisória ao emprego, aos sujeitos envolvidos na prática, em destaque para a mãe substituta – doadora temporária do útero- e para mãe biológica –doadora do material genético e pretendente à maternidade.

Palavras-chave: gestação de substituição; licença-maternidade; salário-maternidade; estabilidade provisória ao emprego.

ABSTRACT

The technique of surrogacy, popularly known as “surrogacy” or “commercial surrogacy”, has been a lot of practiced nowadays, considering that its a form of assisted reproduction technology that helps people with solo parental projects, homoffective couples and especially, women with infertility problems. Although, there’s not ordinary law in the brazilian legal system that regulates the theme, so that several situations arising from it remain without legal support. Therefore, also there’s not provisions in the labor and social security scope regarding the granting of rights, maternity leave, maternity salary and provisional stability of pregnant, to the subjects involved in the practice, in particular the surrogate mother – temporary donor of the uterus- and for the biological mother –donor of the genetic material and the pursuing motherhood..

Keywords: Surrogacy; Maternity leave; Maternity salary; Provisional stability of pregnant employee.

LISTA DE ABREVIACÕES E SIGLAS

CFM	Conselho Federal de Medicina
CF/88	Constituição Federal de 1988
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
ART.	Artigo
OMS	Organização Mundial da Saúde
TRA's	Técnicas de Reprodução Assistida
RA	Reprodução Assistida
CC	Código Civil
PL's	Projetos de Lei
PRN	Partido da Reconstrução Nacional
PMDB	Partido do Movimento Democrático Brasileiro
PSDB	Partido Social Democrata Brasileiro
PL	Partido Liberal
PT	Partido dos Trabalhadores
PTB	Partido Trabalhista Brasileiro
PRP	Partido Republicano Progressista
PSD	Partido Social Democrático
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONU	Organização das Nações Unidas
INSS	Instituto Nacional de Seguridade Social
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
STF	Supremo Tribunal Federal
TRF	Tribunal Regional Federal
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
UFPE	Universidade Federal de Pernambuco
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente

CNJ Conselho Nacional de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO E A LACUNA LEGISLATIVA.....	12
2.1 A reprodução assistida	12
2.2 A gestação de substituição	12
2.3 Disciplina infralegal da gestação por substituição	15
2.4 Resolução nº 2.320/2022 do Conselho Federal de Medicina	19
2.5 Da omissão do Congresso Nacional.....	20
2.6 Da (in)constitucionalidade da Resolução nº 2.320/2022 do CFM.....	24
3 DOS FUNDAMENTOS E FINALIDADES ACERCA DOS DIREITOS GESTACIONAIS TRABALHISTAS: LICENÇA-MATERNIDADE, SALÁRIO- MATERNIDADE E ESTABILIDADE PROVISÓRIA AO EMPREGO	25
3.1 Considerações acerca da inserção da mulher no mercado de trabalho.....	25
3.2 Da licença-maternidade	28
3.3 Do salário-maternidade.....	33
3.4 Da estabilidade provisória	34
3.5 Regulamentação e extensão protetiva.....	38
3.6 Do fundamento ligado à medicina acerca da concessão das garantias da gestante	39
4 A APLICAÇÃO DOS DIREITOS GESTACIONAIS AOS SUJEITOS ENVOLVIDOS NA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO	41
4.1 Da integração normativa.....	41
4.2 Jurisprudência acerca da aplicação dos direitos de licença-maternidade, de salário-maternidade e de estabilidade provisória aos sujeitos da prática da gestação de substituição.....	46
4.3 Da Política Nacional de Julgamento com Perspectiva de Gênero.....	53
5 CONCLUSÃO.....	56
REFERÊNCIAS	59

1 INTRODUÇÃO

A tecnologia proporciona à humanidade grandes avanços, facilitando a vida dos indivíduos e resolvendo questões que não são mais vistas como problemas, inclusive no âmbito da medicina, sobretudo da genética, no qual, é possível visualizar grandes evoluções para facilitar o planejamento familiar, como a reprodução humana assistida, em especial a fertilização *in vitro*. Insere-se nesse contexto a gestação de substituição, popularmente conhecida como “barriga solidária” ou “barriga de aluguel”, essa última é uma modalidade onerosa e proibida no Brasil.

Essa prática trata-se do procedimento, no qual, uma mulher doa, temporariamente, seu útero para que possa gerar o embrião de terceiros. Normalmente, ocorre quando mulheres não possuem condições de engravidar e utilizam de seu material genético (óvulo) combinado com o material genético de uma pessoa do sexo masculino (espermatozoide) para fecundar no útero da gestante por substituição.

Nesse contexto, o Direito brasileiro ainda se mostra atrasado, em face da dinamicidade das mudanças sociais e das evoluções tecnológicas e científicas, quando não há legislação ordinária específica para regulamentar a prática, e as lacunas normativas se tornam inevitáveis. Vê-se, apenas, constantes Resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM), que possuem cunho deontológico, ou seja, definem somente os deveres éticos que devem ser seguidos pelos profissionais da medicina. São de grande relevância, dado que dispõem sobre os pré-requisitos, exigências e limites objetivos da gestação de substituição, mas são insuficientes e não adequadas às diversas circunstâncias que podem envolver a prática da cessão temporária de útero.

Esse desafio constante do Direito em acompanhar a velocidade do surgimento de novas realidades de planejamento familiar não se limita ao Direito Civil, mas também atinge outras áreas como o Direito do Trabalho e Previdenciário. É, nesse sentido, que a presente monografia pretende analisar e questionar como se dá a aplicação das garantias trabalhistas, mais especificamente, da licença-maternidade, do salário-maternidade e da estabilidade provisória ao emprego, aos sujeitos envolvidos na prática da maternidade substitutiva.

Assim, existe o dilema, no qual, se questiona se é possível que a gestante substituta, aquela que apenas cede seu corpo temporariamente para gerar outro indivíduo, não sendo, pois, a mãe efetivamente, possa usufruir dos direitos trabalhistas mencionados. Este trabalho, portanto, orientar-se-á no sentido de analisar o que existe, atualmente, de legislação, de correntes doutrinárias e entendimentos jurisprudenciais sobre o tema.

Outro ponto importante a ser respondido nessa pesquisa é se é possível conceder os direitos trabalhistas gestacionais, mencionados, às duas mulheres envolvidas no processo da gestação de substituição — a mulher doadora do óvulo — a mãe genética, pretendente à maternidade —, e a mulher doadora do útero temporariamente — mãe substituta, que será a gestante factualmente.

A relevância desta pesquisa contribui, diretamente, para que a existência de lacuna normativa sobre a regulamentação dos direitos envolvendo o projeto parental na modalidade assistida, em específico, a maternidade de substituição, não seja um impedimento ou um obstáculo para que as mulheres possam usufruir desses direitos trabalhistas.

O objetivo do presente trabalho, desse modo, consiste em examinar as soluções existentes no Direito para suprir as lacunas legislativas atinentes à aplicação dos institutos protetivos trabalhistas. Buscar-se-á examinar as formas por meio das quais o direito trabalhista pode, diante da ausência normativa que acomete o tema da gestação por substituição, regulamentar a situação da mãe substituta e da mãe genética, e outros envolvidos, como o pai genético, no que diz respeito à fruição da licença-maternidade, do salário-maternidade e da estabilidade provisória no emprego.

Para tanto, inicialmente, será feita uma introdução aos conceitos de reprodução assistida e gestação de substituição, assim como a explanação do que dispõe a única regulamentação atual sobre o tema, a Resolução 2.320/2022 do CFM, e os motivos que levam tanto a sua inconstitucionalidade, quanto a omissão do Poder Legislativo em normatizar a matéria. Em seguida, serão introduzidos os institutos da licença-maternidade, do salário-maternidade e da estabilidade provisória, de modo a abordar sua regulamentação atual, seus fundamentos e finalidades, para que, por conseguinte, seja esclarecido quais as soluções encontradas, atualmente, ante essa problemática.

Para análise do atual estado regulatório, foram consideradas disposições normativas, previstas na Constituição Federal de 1988, na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), na Lei nº 10.421/2002 e na Lei nº 8.213/1991 e em outras legislações ordinárias relacionadas, assim como, jurisprudência e doutrina. Buscou-se, também, a averiguação do arcabouço deontológico, emanado da recente Resolução no 2.320/2022 do CFM, enquanto único regramento especializado que disciplina o assunto.

A pesquisa teve como caminho metodológico a revisão bibliográfica e documental, do arcabouço normativo, de naturezas ordinária e deontológica, estabelecendo reflexões pelo método dedutivo, sobre questões ligadas à incidência da gestação de substituição no âmbito dos direitos trabalhistas e previdenciários.

2 A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO E A LACUNA LEGISLATIVA

2.1 A reprodução assistida

A reprodução humana assistida, conjunto de técnicas que auxiliam o processo de reprodução humana, é vista como um avanço da medicina por solucionar os problemas reprodutivos, como infertilidade e esterilidade que, por vezes, dificultam o projeto parental dos indivíduos (Graziuso, 2018).

Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), entre 8% e 15% dos casais têm algum problema de infertilidade que, com o emprego de algum dos procedimentos de procriação artificial, poderá ser sanado, possibilitando a gravidez desejada (Souza, 2010).

Além de ser um solucionador para as questões de infertilidade e esterilidade, com a evolução da biotecnologia, juntamente com a modificação do conceito de família, a prática da reprodução assistida, ainda, beneficia casais homoafetivos na construção de seu núcleo familiar, utilizando-se o gameta de um deles, assim como, pessoas sós podem se valer das técnicas (Souza, 2010).

As técnicas de reprodução assistida (TRA's) podem ser classificadas conforme a disposição do material genético utilizado no projeto, e será homóloga, quando os gametas forem exclusivos do casal ou heteróloga, quando o material genético for de apenas um indivíduo ou não pertencer ao casal (Alvarenga, 2020).

A reprodução assistida também abrange os casos, nos quais, não há manuseio de gametas, como a administração de medicamentos sob orientação médica para estimular a ovulação. Nesse sentido, a RA acontecerá sempre que houver qualquer tipo de interferência médica para viabilizar ou facilitar a procriação (Souza, 2010).

Entre os exemplos desse conjunto de técnicas estão a inseminação artificial, a fertilização *in vitro* e a gestação de substituição, ponto central do presente trabalho. Esse método pode ser classificado como de alta complexidade, por exigir ampla intervenção médica e como extracorpóreo, pelo fato da união dos gametas se dar em ambiente artificial (Araújo, 2019).

2.2 A gestação de substituição

Débora Araújo (2019), explica que a gestação de substituição é a técnica na qual uma mulher cede, temporariamente, seu útero para gestar o filho de outrem, a quem será entregue após o nascimento, tendo como expressões sinônimas: gestação por sub-rogação, maternidade

substituta ou sub-rogada, gestação substituta, gestação por outrem, gestação em útero alheio, barriga substituta, gravidez de substituição, cessão temporária de útero, locação de útero, doação temporária de útero e barriga de aluguel.

É classificada como uma técnica de reprodução assistida extracorpórea, posto que o primeiro passo é a fertilização *in vitro*, com a posterior implantação do embrião no útero da hospedeira, podendo ser homóloga, quando há utilização do material genético do casal de pais intencionais, ou heteróloga, quando se utiliza o material genético de um terceiro (Souza, 2010).

É uma prática que existe desde os primórdios da humanidade: quando, nas sociedades da Antiguidade, um casal infértil não conseguia gerar seus descendentes, um cidadão poderia ceder sua própria esposa a outro, no caso de sua mulher ser estéril. Ou quando a esterilidade era do marido, a esposa tinha a obrigação de procriar com o irmão ou parente daquele, sendo o fruto da relação descendente do primeiro (Araújo, 2019).

É notório que a gestação de substituição é uma solução para aqueles que lidam com a infertilidade, fator que impede a reprodução humana sexuada. Sendo, inclusive, a infertilidade humana considerada pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) como um problema de saúde com implicações médicas e psicológicas (Graziuso, 2018).

Ademais, atualmente essa técnica é utilizada não somente para resolver os impasses causados pela infertilidade, como também na procriação de casais homoafetivos ou de pessoas com projetos parentais solos (Araújo, 2019).

A gestação de substituição, então, pode ser definida pela presença de determinados fatores: a) um casal ou indivíduo (doador genético) que não pode gestar, ou para o qual a gestação seja contraindicada; b) uma mulher (cedente) que receberá o material genético para gerar a criança; c) a ausência de vínculo jurídico entre a cedente e a criança gestada (Veras, 2020).

A maternidade substituta, ainda, é conhecida popularmente, carregando um viés pejorativo, como “barriga de aluguel”, prática que possui no cerne de seu contrato a onerosidade. Essa é uma modalidade proibida no Brasil, tendo em vista que, o objeto em questão — gestar um indivíduo com uma contrapartida financeira — é ilícito por ser proibido, tanto no Código Civil (Brasil, 2002), como pela Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988), a disposição onerosa do próprio corpo. Conforme disposto no caput do art. 13 do CC (Brasil, 2002) e no §4º do art. 199 da CF/88 (Brasil, 1988):

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Art. 199, §4º: 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.

É importante apontar que, no ordenamento jurídico brasileiro, não há lei ordinária, derivada de um processo legislativo, que normatize a prática da reprodução humana assistida e, conseqüentemente, não há regulamentação a respeito do método de gestação de substituição.

Atualmente, o mais próximo de normas, acerca das TRA's, no quadro legislativo, foi a previsão, no Código Civil de 2002 (Brasil, 2002), das hipóteses de presunção de paternidade, *pater is est*, de crianças geradas por meios artificiais, em seu art. 1.597, incisos III, IV e V (Araújo, 2019).

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Para Marise de Souza (2010), a lei civil apenas atribuiu a presunção de paternidade a alguns dos procedimentos de reprodução humana artificial, de forma atécnicamente e confusa, utilizando nomenclaturas distintas para o mesmo fenômeno nos incisos III e IV, e referindo-se a uma técnica específica no inciso V. É nesse sentido que se percebe que o Código Civil (Brasil, 2002) tentou dar uma solução ao problema da paternidade, omitindo-se, quanto a questão da maternidade, uma vez que vigora, no ordenamento jurídico, a ideia de que a maternidade é certa.

Conforme, ainda, interpretação de Marise de Souza (2010), o inciso III trata da inseminação artificial homóloga e fertilização *in vitro* homóloga, casos em que haverá coincidência entre paternidade biológica e a legal; inciso IV, refere-se a embriões excedentários pela utilização da fertilização *in vitro* homóloga, hipótese em que também haverá coincidência entre paternidade biológica e a paternidade legal; e finalmente, o inciso V, que prevê a inseminação artificial heteróloga, sendo a hipótese em que as paternidades biológica e legal não coincidirão.

Nesse sentido, o legislador civil não regulou qualquer hipótese de utilização de óvulos doados, das técnicas utilizadas por pessoas não casadas, do destino de embriões excedentários, em especial, nem sobre a gestação de substituição (Souza, 2010).

Percebe-se, então, que o Direito não caminha ao mesmo passo dos avanços da genética e da medicina e, atualmente, esse tema se sustenta, apenas, das várias Resoluções editadas pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), que possuem caráter deontológico, normas éticas endereçadas a classe médica, não possuindo coercitividade jurídica, mas servindo de fonte ante a omissão legislativa.

A normatização do tema mostra-se de extrema importância para solucionar conflitos que podem vir a surgir, e a sua falta acarreta no encaminhamento das questões para o Poder Judiciário, esse que não possui a técnica necessária e se apoia nas disposições deontológicas (Resoluções) do Conselho Federal de Medicina, usurpando a função do legislativo e interferindo no equilíbrio dos poderes.

Faz-se necessário esclarecer que, nos dias de hoje, a filiação ganha novas estruturas, dado que está além das hipóteses legais de presunção de paternidade, assim como, a maternidade não é mais certa, uma vez que, anteriormente, somente aquela que gestava seria a mãe. O fator que determina a possibilidade de um indivíduo ser pai ou mãe no tempo presente está pautado na vontade. Nesse sentido, é importante pontuar que o cerne da filiação, diante do contexto da reprodução assistida, é a vontade parental, independentemente de material genético ou gestação. Por isso, durante o presente trabalho, serão chamados de *pais* ou *pai e mãe*, na perspectiva solo, *intencionais*, aqueles que possuem a vontade em ser essas figuras.

Como pontua Flávia Silva (2011):

As técnicas de reprodução humana medicamente assistidas possibilitam a utilização de meios que alteram a base do vínculo de filiação. A atribuição de maternidade, estendendo-se também à de paternidade, deverá ser feita àquela mulher, ou ao casal, encomendante da técnica médica e participante do processo procriativo, tenham eles identidade genética ou não com a criança. O que importa aqui é o ato de vontade manifestado para o exercício do método, levando-se em conta o consentimento realizado pelas partes.

2.3 Disciplina infralegal da gestação por substituição

Como já mencionado no trabalho, não há no ordenamento jurídico atual lei que regule as técnicas reprodutivas e a prática da gestação de substituição, ficando a cargo das diversas Resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM) disciplinar a prática.

Durante os últimos 30 anos foram editadas 7 resoluções do CFM. São elas: Resolução nº 1.358, de 1992 (CFM, 1992); Resolução nº 1.957, de 2011 (CFM, 2011); Resolução nº 2.013, de 2013 (CFM, 2013); Resolução nº 2.121, de 2015 (CFM, 2015); Resolução nº 2.168, de 2017 (CFM, 2017); Resolução nº 2.294, de 2021 (CFM, 2021) e a Resolução nº 2.320, de 2022 (CFM, 2022), atualmente em vigência.

O Conselho Federal de Medicina é uma autarquia federal, pessoa jurídica de direito público, e seu conceito pode ser vislumbrado no artigo 5º, inciso I, do Decreto-lei nº 200 (Brasil, 1967): “serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada” (Di Pietro, 2020).

A Administração Pública é dividida em direta e indireta, na primeira fazem parte os entes federativos, União, Estados, Municípios e Distrito Federal e seus órgãos, a segunda é composta por autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas.

Ela é organizada hierarquicamente e no seu topo se situa o Chefe do Poder Executivo. Com isso as várias atribuições são distribuídas a outros órgãos, de forma descentralizada e desconcentrada, criando-se uma relação de coordenação entre uns e outros. Na primeira forma, a competência será distribuída de uma para outra pessoa jurídica ou física, já na segunda, a competência é alocada internamente, ou seja, dentro da mesma pessoa jurídica (Di Pietro, 2020).

É nesse sentido que se percebe que o Conselho recebe a competência da Administração Pública de forma descentralizada, não possuindo o Poder Normativo, entendido como os atos pelos quais a Administração emana normas com efeitos gerais e abstratos (Di Pietro, 2020).

Conforme Maria Di Pietro (2020), as autarquias não têm autonomia para criar o próprio direito, mas apenas a capacidade de se autoadministrar a respeito das matérias específicas que lhe foram destinadas pela pessoa pública que lhes deu origem.

As autarquias, ainda, podem ser classificadas de acordo com o tipo de atividade: econômicas, de crédito, industriais, de previdência e assistência, culturais ou de ensino e as profissionais ou corporativas, que fiscalizam o exercício das profissões, como é o caso do Conselho Federal de Medicina (Di Pietro, 2020).

Como bem apontado por Grauzo (2018), o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina são órgãos supervisores de ética profissional em todo o país, e além de julgadores e disciplinadores da classe médica, tem o objetivo de zelar e trabalhar pelo perfeito desempenho

ético da medicina, ou seja, como explicado por Di Pietro (2020), eles apenas possuem capacidade de regulamentar esses assuntos específicos.

No art. 5º da Lei nº 3.268/1957 (Brasil, 1957), que dispõe sobre as atribuições do CFM, não há previsão legal do Poder Normativo do Conselho que vá além do código de deontologia médica.

Art.5º São atribuições do Conselho Federal:

- a) organizar o seu regimento interno;
- b) aprovar os regimentos internos organizados pelos Conselhos Regionais;
- c) eleger o presidente e o secretário geral do Conselho;
- d) votar e alterar o Código de Deontologia Médica, ouvidos os Conselhos Regionais;
- e) promover quaisquer diligências ou verificações, relativas ao funcionamento dos Conselhos de Medicina, nos Estados ou Territórios e Distrito Federal, e adotar, quando necessárias, providências convenientes a bem da sua eficiência e regularidade, inclusive a designação de diretoria provisória;
- f) propor ao Governo Federal a emenda ou alteração do Regulamento desta lei;
- g) expedir as instruções necessárias ao bom funcionamento dos Conselhos Regionais;
- h) tomar conhecimento de quaisquer dúvidas suscitadas pelos Conselhos Regionais e dirimi-las;
- i) em grau de recurso por provocação dos Conselhos Regionais, ou de qualquer interessado, deliberar sobre admissão de membros aos Conselhos Regionais e sobre penalidades impostas aos mesmos pelos referidos Conselhos.
- j) fixar e alterar o valor da anuidade única, cobrada aos inscritos nos Conselhos Regionais de Medicina; e
- l) normatizar a concessão de diárias, jetons e auxílio de representação, fixando o valor máximo para todos os Conselhos Regionais.

Ademais, o art. 1º da Lei nº 3.268/1957 (Brasil, 1957), dispõe que as normas contidas na Resolução sobre reprodução assistida são normas éticas a serem seguidas pelos médicos, todavia essa ultrapassa as atribuições do Conselho, com destaque para o item VII sobre a gestação de substituição, ao exigir, entre outros requisitos, que as doadoras temporárias de útero devam pertencer à família de um dos pais intencionais, e já possuir pelo menos um filho vivo, e que a prática não pode ter caráter lucrativo ou comercial (Graziuso, 2018).

Assim sendo, vê-se uma limitação ao livre planejamento familiar, direito fundamental previsto no art. 226, §7º, da CF/88:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado:
 § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Conforme expõe Paulo Lôbo (2018):

O princípio da liberdade diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador (...)

Na Constituição brasileira e nas leis atuais o princípio da liberdade na família apresenta duas vertentes essenciais: liberdade da entidade familiar, diante do Estado e da sociedade, e liberdade de cada membro diante dos outros membros e da própria entidade familiar. A liberdade se realiza na constituição, manutenção e extinção da entidade familiar; no planejamento familiar, que “é livre decisão do casal” (art. 226, § 7º, da Constituição), sem interferências públicas ou privadas; na garantia contra a violência, exploração e opressão no seio familiar; na organização familiar mais democrática, participativa e solidária.

Como o Conselho é uma autarquia, integrante da administração pública indireta, conforme o *caput* do artigo 37 da CF/88 (Brasil, 1988), deverá obedecer ao princípio da legalidade, que é a subordinação das leis em sentido formal, leis essas advindas do Poder Legislativo, não podendo extrapolar suas atribuições, criando restrições de direitos previstos, inclusive, na Magna Carta: “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” (Brasil, 1988).

Em vista disso, explica Gonçalves (2012):

A análise da Lei 3.268/1957 indica que o Poder Legislativo delegou diversas funções ao CFM, dentre elas a de criar seu próprio regimento interno (Art. 5º, “a”), editar o código de deontologia médica (Art. 5º, “d”) e julgar os atos profissionais dos médicos (Art. 2º). Contudo, esta é uma delegação muito ampla para uma entidade classista da administração pública indireta, e a Constituição não apresenta nenhuma indicação nítida sobre delegação da função legislativa a uma entidade como o CFM, porém veda a delegação da atuação normativa sobre restrições a Direitos Fundamentais ao Presidente da República no Art. 68. Tal vedação dificultaria a sustentação da capacidade do CFM atuar normativamente restringindo direitos individuais, pois, se nem mesmo mediante Lei Delegada ela é permitida, tanto menos ela estaria abrangida em um “poder regulamentar” autônomo de uma autarquia corporativista.

É nesse sentido que o Conselho Federal de Medicina, ao publicar Resoluções com caráter normativo, como a Resolução nº 2.320/2022, extrapola suas atribuições previstas em lei (Graziuso, 2018). Por conseguinte, a consequência é que o único regramento acerca da matéria da reprodução assistida padece de ilegalidade, não servindo para guiar a prática por estar em desacordo com o ordenamento jurídico.

Dessa forma, explica Graziuso (2018) que por a matéria da gestão de substituição envolver Direitos Fundamentais, ela é exclusiva do Poder Legislativo, sendo necessária a proposta e promulgação de um instrumento legal atualizado.

2.4 Resolução nº 2.320/2022 do Conselho Federal de Medicina

A Resolução 2.230/2022 dispõe sobre a gestação de substituição:

VII – SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (CESSÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

As clínicas, centros ou serviços de reprodução podem usar técnicas de reprodução assistida para criar a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista uma condição que impeça ou contraindique a gestação.

1. A cedente temporária do útero deve:
 - a) ter ao menos um filho vivo;
 - b) pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau: pais e filhos; segundo grau: avós e irmãos; terceiro grau: tios e sobrinhos; quarto grau: primos);
 - c) na impossibilidade de atender o item b, deverá ser solicitada autorização do Conselho Regional de Medicina (CRM).
2. A cessão temporária do útero não pode ter caráter lucrativo ou comercial e a clínica de reprodução não pode intermediar a escolha da cedente.
3. Nas clínicas de reprodução assistida, os seguintes documentos e observações devem constar no prontuário da paciente:
 - a) termo de consentimento livre e esclarecido assinado pelos pacientes e pela cedente temporária do útero, contemplando aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação;
 - b) relatório médico atestando a adequação da saúde física e mental de todos os envolvidos;
 - c) termo de Compromisso entre o(s) paciente(s) e a cedente temporária do útero que receberá o embrião em seu útero, estabelecendo claramente a questão da filiação da criança;
 - d) compromisso, por parte do(s) paciente(s) contratante(s) de serviços de reprodução assistida, públicos ou privados, com tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mulher que ceder temporariamente o útero, até o puerpério;
 - e) compromisso do registro civil da criança pelos pacientes, devendo essa documentação ser providenciada durante a gravidez; e
 - f) aprovação do(a) cônjuge ou companheiro(a), apresentada por escrito, se a cedente temporária do útero for casada ou viver em união estável.

De acordo com a Resolução 2.230/2022 do CFM, a técnica da gestação de substituição pode ser utilizada quando a mãe intencional portar um problema médico que impeça ou contraindique a gestação, para casais homoafetivos e pessoas solteiras com projeto parental solo (CFM, 2022).

A cedente temporária, ou mãe substituta, precisa preencher requisitos para utilizar-se do método, como: ter ao menos um filho vivo, possuir parentesco consanguíneo de até quarto grau com um dos parceiros, podendo ser mãe, filha, avó, irmã, tia, sobrinha e prima, ou não havendo o parentesco poderá ser solicitada a autorização ao Conselho Regional de Medicina em que os pais intencionais residam (CFM, 2022).

Destaca-se que o requisito imposto à gestante substituta, de já ter um filho vivo, esbarra no direito fundamental previsto na Constituição Federal (Brasil, 1988) de livre planejamento familiar. Dessa forma, a exigência impede que mulheres que não possuem vontade parental possam ceder seu útero, temporariamente e altruisticamente, para gerar embriões de terceiros.

A Resolução acompanha o Código Civil (Brasil, 2002) e proíbe, expressamente, a gestação de substituição onerosa, conhecida popularmente como “barriga de aluguel”. A cedente não poderá receber qualquer valor monetário em troca da gestação, ou seja, a gravidez só poderá ser de caráter altruístico (CFM, 2022).

Um outro requisito que merece questionamento é a necessidade de autorização escrita do cônjuge ou companheiro da gestante substituta para a prática, que restringe a liberdade de escolha da mulher de dispor sobre o próprio corpo. Porém, Helena Carvalho (2022) acredita que essa autorização se faz necessária para dar uma maior segurança jurídica aos pais intencionais, para que o cônjuge ou companheiro da mulher gestante não possa alegar uma paternidade futura.

Há, ainda, uma série de exigências de documentação: termo de consentimento livre, assinado pelas partes, contemplando aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação; relatório médico para atestar adequação de saúde física e mental de todos os envolvidos; termo de compromisso estabelecendo claramente a questão da filiação da criança, compromisso com tratamento e acompanhamento médico e compromisso do registro civil da criança (CFM, 2022).

2.5 Da omissão do Congresso Nacional

Até o ano de 2020, existiam 11 Projetos de Lei (PL's) nos arquivos eletrônicos da Câmara dos Deputados que tratavam expressamente da gestação de substituição. Entre eles, cinco proibiam total ou parcialmente o uso desta técnica, criminalizando-a, inclusive. Os demais a permitiam, porém com uma série de restrições idênticas às da Resolução nº 2168/2017 do CFM, regulamentação vigente à época (Veras, 2020).

Entre os PL's que proibiam a técnica de cessão temporária de útero estavam: PL 809/1991 do Partido da Reconstrução Nacional (PRN), PL 1645/1991 do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), PL 1737/1991 do Partido Social Democrata Brasileiro (PSDB), PL 6296/2002 do Partido Liberal (PL), PL 1184/2003 do PSDB (Veras, 2020).

Os projetos que permitiam: PL 2061/2003 do Partido dos Trabalhadores (PT), PL 3638/1993 do Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), PL 1135/2003 do Partido do Movimento

Democrático Brasileiro (PMDB), PL 115/2015 do Partido Republicano Progressista (PRP), PL 4892/2012 do Partido Social Democrático (PSD), PL 2855/1997 do PMDB (Veras, 2020).

Entre as condições impostas nos projetos que permitem a gestação de substituição estão a existência de um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética, a vedação do caráter lucrativo, o laço de parentesco entre os pais intencionais e a gestante, o que conclui serem muito semelhantes às condições previstas nas Resoluções do CFM (Veras, 2020).

É possível observar que os partidos políticos que elaboraram projetos de lei criminalizando a prática da gestação por outrem são considerados partidos de direita (PRN, PMDB, PSDB e PL), os quais, possuem como característica um caráter conservador, pautado nos ensinamentos pregados na religião cristã, que muitas das vezes, não enxerga com bons olhos a possibilidade do homem dominar as práticas de procriação, através da engenharia genética, pois, assim, estaria usurpando os poderes de Deus.

Gabriela Tarouco e Rafael Madeira (2013) consideram que o conservadorismo é um conjunto de posicionamentos de defesa do controle social pelo Estado contra a falibilidade do indivíduo, de defesa da tradição contra mudanças sociais radicais; de uma defesa organicista do caráter nacional. É nesse sentido que vemos que o posicionamento conservador, externado pelos partidos políticos, de manter a tradição da reprodução humana sexuada, ensinada nas igrejas, é fator impeditivo de mudanças sociais, que refletem no tema do presente trabalho. Assim, tem-se como consequência o entrave de produção de leis voltadas para as TRA's, visto que quando há projetos sobre o assunto são para a criminalização da prática.

Além disso, os partidos se pautam, também, no conceito de “família tradicional brasileira”, aquela composta por um casal heterossexual com descendentes advindos da reprodução humana sexuada, que não mais abrange todos os modelos de família nos tempos atuais, fazendo com que as possibilidades de projetos parentais longe desse molde, como pais e mães solos e casais homoafetivos, sejam vistas como condutas não merecidas de amparo legal e consideradas, até mesmo, como condutas criminosas para aqueles que fizerem uso das técnicas de reprodução assistida.

Vinícius Veras (2020) esclarece que existem três motivos para que, ainda, não se tenha uma norma que regule as TRA's no Brasil: forte controvérsia religiosa, necessidade de participação efetiva da sociedade na tomada de decisão e posição de deferência do Poder Legislativo ao Conselho Federal de Medicina.

Quanto ao primeiro motivo, coaduna Alvarenga (2020), quando explica que a bancada conservadora do Congresso Nacional, composta por muitos religiosos, influencia na inércia

legislativa, já que tende a questionar se o homem não estaria “brincando de Deus” ao “fabricar” novos indivíduos em laboratórios.

Arthur de Oliveira (2007) entende que as correntes religiosas, que tanto influenciam os partidos que se opõe ao tema da reprodução assistida, precisam compreender que suas pregações devem ficar restritas aos seus adeptos e não podem ser impostas à totalidade da população por meio de pressão política e de forma hegemônica aos demais segmentos sociais.

O segundo motivo seria o forte desacordo moral que as TRA's suscitam perante a sociedade e, nesse caso, seria de fundamental importância a manifestação popular sobre o tema precedente à aprovação de qualquer projeto de lei (Veras, 2020). É notório que a possibilidade de alterar a composição genética do homem, advindas da engenharia genética, causa desconfortos na sociedade, até pelo caráter técnico, de compreensão difícil que o tema possui, com relação aos próprios limites da atuação humana e suas repercussões no desenvolvimento do ser humano.

Um terceiro motivo seria que o assunto acerca da reprodução assistida são conclusões muito técnicas, levando o Congresso Nacional a dar preferência aos preceitos do CFM, quanto ao conteúdo da regulamentação, o que acarreta a inércia do legislativo, e isso se prova quando os projetos de lei que permitem a gestação por substituição possuem muitas regras que se assemelham ou são idênticas às resoluções do CFM (Veras, 2020).

Um outro motivo que pode levar a omissão do Poder Legislativo em elaborar regulamentação sobre o tema da gestação por outrem é a visível falta de representatividade feminina no Congresso Nacional. Uma vez que esse assunto tem maiores reflexos no âmbito feminino, a possibilidade da gestação de substituição, como já dito, sempre irá interferir nas esferas de duas mulheres, uma cedente temporária de útero e outra doadora do material genético, mesmo que não seja essa última a mãe intencional. Nesse sentido, a falta de mulheres nos espaços políticos, principalmente, aqueles em que são elaboradas as leis do país, acaba por interferir na importância e prioridade que se dá à formulação de leis voltadas a regulamentar direitos atrelados ao gênero feminino.

O fenômeno do patriarcalismo é um problema que está presente nos mais diversos tipos de sociedades. Quando analisado em países de modernidade periférica, como o Brasil, revela que há um acentuado grau de exclusão e marginalização das mulheres ao analisar os espaços de participação política, ou seja, os espaços ocupados por mulheres em cargos de poder, de chefia e de cúpula, o que conseqüentemente impõe a essa população sua condição de subcidadania, onde exercem mais deveres do que possuem condições reais de exercer seus direitos (Lima, 2021).

Jéssica de Lima (2021) aponta que a maior parte da população brasileira, formada por mulheres, é sub-representada, e o papel destas, na maioria das vezes, se encerra no ato de votar, deixando a cargo de seus representantes eleitos as decisões sobre seus anseios, o que perpetua a dominação masculina nesses espaços, no qual as estruturas são marcadas por desigualdades e valores diferenciados por gênero.

Apesar de não haver expressa proibição com relação a técnica da gestação de substituição, e de acordo com o princípio da legalidade, previsto no inciso II do art. 5º da Constituição Federal (Brasil, 1988), no qual dispõe que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, a prática é permitida, contudo, a falta de uma regulamentação é geradora de conflitos, e é nesse ponto central que o presente trabalho se baseia.

Essa lacuna legislativa pode levar como consequência o impedimento do gozo de alguns direitos referentes à figura feminina. Nesse sentido, se questiona como as mulheres ligadas a essa técnica poderão gozar das garantias trabalhistas previstas na CLT (Brasil, 1943), como licença-maternidade, salário-maternidade e estabilidade provisória ao emprego, e de outros direitos fundamentais, como o livre planejamento familiar, se não há norma que regule o método?

Além disso, a regulamentação, por ter como característica a força coercitiva estatal, é capaz de dar maior segurança jurídica para os sujeitos envolvidos na prática, quando definir normativamente o trâmite do procedimento, e pode, também, influenciar na proteção das mulheres, inibindo a comercialização de seus corpos, e o turismo reprodutivo, situações presentes em países subdesenvolvidos como o Brasil, em que pessoas vão até países estrangeiros onde existe legislação permissiva, ou quando não há legislação acerca do assunto, e pagam pela doação temporária de útero para constituição de família.

2.6 Da (in)constitucionalidade da Resolução nº 2.320/2022 do CFM

Graziuso (2018) entende que as Resoluções do Conselho Federal de Medicina, em especial, a Resolução nº 2.320/2022, que está em vigor, ultrapassa as atribuições que lhe são conferidas por lei, sendo sua edição ilegal, pois as normas presentes extrapolam os limites da tecnicidade, e acabam por restringir direitos de terceiros, função que seria apenas do legislativo, quando restringe que as doadoras temporárias de útero que tenham laços familiares com os pais intencionais, ou um deles, quando decreta que a doação temporária de útero não pode ter caráter

lucrativo, restringindo os direitos fundamentais como direito à liberdade e ao livre planejamento familiar.

Para Celso de Mello (2015), as Resoluções, emanadas da administração pública indireta, precisam ser subordinadas à lei, devendo ter seus limites pautados nessa e, caso sejam desatendidos, implicam em inconstitucionalidade. Nesse sentido, as Resoluções não podem criar direitos ou restrições à liberdade, propriedade e atividades dos indivíduos, que já não estejam estabelecidos e restringidos na norma.

Ademais, além de não ser possível restringir direitos, a Constituição Federal (Brasil, 1988) prevê, em seu art. 22, que compete privativamente à União legislar sobre Direito Civil. Dessa forma, há uma extrapolação de poderes por parte do CFM que, ao criar normas sobre a reprodução assistida, vai além da parte ética e técnica e acaba por legislar no âmbito cível (Graziuso, 2018).

Nesse sentido, quando a Resolução prevê as condições que os pais intencionais precisam preencher para fazer uso da gestação de substituição, os requisitos da gestante substitutiva, como laços de parentesco, já ter ao menos um filho vivo, a autorização do Conselho quando for por laço afetivo, a autorização por escrito do cônjuge ou companheiro, está extrapolando suas atribuições, legislando sobre o Direito Civil, ultrapassando os limites da lei (Graziuso, 2018).

São por essas razões que a Resolução nº 2.320/2022 está afetada pela inconstitucionalidade, ao fazer uso do instrumento restringindo direitos fundamentais e legislando sobre assuntos que não possui competência. Logo, o Conselho Federal de Medicina extrapola sua função de autarquia federal, que deveria com esta Resolução apenas normatizar as regras deontológicas que regem a classe médica.

3 DOS FUNDAMENTOS E FINALIDADES ACERCA DOS DIREITOS GESTACIONAIS TRABALHISTAS: LICENÇA-MATERNIDADE, SALÁRIO-MATERNIDADE E ESTABILIDADE PROVISÓRIA AO EMPREGO

Como mencionado no primeiro capítulo do presente trabalho, a falta de legislação acerca do tema da gestação de substituição pode trazer, e vem trazendo, conflitos em vários âmbitos do Direito, principalmente nas questões que envolvem o Direito de Família e Direito das Sucessões, por tratarem acerca da filiação, assunto de extrema delicadeza.

Contudo, a matéria tem seus reflexos, também, no âmbito do direito trabalhista, visto que existem grandes questionamentos no que diz respeito à fruição das garantias ligadas às gestantes e à maternidade, como a licença-maternidade, salário-maternidade e estabilidade provisória ao trabalho. Assim, recaem dúvidas sobre o fato de quem terá direito a essas garantias: a mãe intencional, a gestante substituta ou as duas, parcialmente ou igualmente?

Iremos, no presente capítulo, abordar os principais direitos assegurados à gestante trabalhadora, seus fundamentos nos âmbitos jurídico e médico e, conseqüentemente, os direitos trabalhistas que podem vir a ser aplicados aos envolvidos na prática da gestação de substituição.

3.1 Considerações acerca da inserção da mulher no mercado de trabalho

Durante muitos anos a figura feminina não pertencia aos ambientes de trabalho, visto que sua participação na sociedade se limitava aos afazeres domésticos e atividades ligadas aos cuidados dos filhos e do lar.

Sérgio Pinto Martins (2023) explica que somente a partir da Revolução Industrial foi possível visualizar, em grande massa, a presença das mulheres no mercado de trabalho, ocupando postos em fábricas para a operação de máquinas. Seus tomadores de serviços, os empresários, preferiam sua força laborativa, dado que elas aceitavam salários inferiores aos dos homens, mesmo realizando os mesmos serviços e se submetendo a uma jornada de 14 (quatorze) a 16 (dezesesseis) horas por dia e em ambientes insalubres.

Por conseguinte, com a chegada das duas grandes guerras mundiais, o trabalho da mulher passou a ter mais importância, visto que os homens estavam servindo na guerra, acarretando falta de mão de obra masculina, então suprida pelas mulheres. Logo, havia mais espaço para elas ocuparem em postos de trabalho, dado a diminuição de competitividade com os homens e o ganho da responsabilidade pelo sustento da família, além do encargo do trabalho em seus lares. Dessa forma, elas começaram, então, a se organizar para reivindicar seus direitos

e, a partir de então, começou a surgir uma legislação protecionista do mercado de trabalho da mulher.

A Constituição do México de 1917, primeira voltada para o ideal social, aquele, no qual, o Estado assume uma postura intervencionista, de prestação de serviços, foi a primeira a incluir direitos trabalhistas entre os direitos fundamentais, e no que diz respeito especificamente ao trabalho da mulher estabeleceu algumas garantias: a) a isonomia salarial entre os sexos; b) a impossibilidade de exigir da mulher, durante a gravidez, serviços que demandem esforço físico considerável e que signifiquem perigo para a saúde em relação à gestação; c) o afastamento do trabalho de seis semanas anteriores ao parto e seis semanas depois; d) o pagamento de salário integral durante o afastamento; e) a manutenção do emprego, em decorrência da gravidez; f) o período de amamentação, com dois tempos de intervalos por dia, de meia hora cada um (Martins, 2023).

No âmbito internacional, foi introduzida a necessidade de proteção do trabalho da mulher, por meio de Convenções e Recomendações da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Em síntese, entre as convenções ratificadas pelo Brasil estão: a) Convenção nº 3, que dispõe sobre o trabalho da mulher antes e depois do parto; b) Convenção nº 102, que trata sobre a maternidade; c) Convenção nº 127, que versa sobre o limite máximo de levantamento de pesos (Martins, 2023).

Além disso, seguindo o caminho das legislações protecionistas, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, versa sobre regras de não discriminação por motivo de sexo. O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, em seu art. 3º, determina a igualdade de direitos entre homens e mulheres. A Convenção da ONU, de 1979, ratificada pelo Brasil, proíbe discriminação no emprego e profissão, conferindo igualdade de remuneração entre homem e mulher para trabalho de igual valor (Martins, 2023).

Já no Brasil, explica Sérgio Pinto Martins (2023), que alguns avanços foram visualizados, a partir de 1917 com a edição da Lei nº 1.596 de 1917 (São Paulo, 1917), do Estado de São Paulo, que proibiu o trabalho da mulher nas indústrias no último mês de gravidez e no primeiro mês após o parto. Ademais, a Constituição de 1934 (Brasil, 1934) proibia a discriminação do trabalho da mulher quanto a salários (art. 121, § 1º, *a*), vedava, também, o trabalho em locais insalubres (art. 121, § 1º, *d*), previa a garantia de repouso antes e depois do parto, sem prejuízo de salário e emprego (art. 121, § 1º, *h*).

Por conseguinte, a Constituição de 1946 (Brasil, 1946) proibia a diferença de salário por motivo de sexo (art. 157, II); vedava o trabalho da mulher em indústrias insalubres (art. 157, IX); assegurava o direito da gestante a descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do

emprego nem do salário (art. 157, X); reconhecia a assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica, à gestante (art. 157, XIV); previa a previdência em favor da maternidade (art. 157, XVI) (Martins, 2023).

Nesse sentido, já era possível perceber uma intenção do legislador em assegurar o bem-estar da mulher durante e após o parto, ao proibir trabalhos em locais perigosos e insalubres, ao garantir um período de repouso para sua recuperação sem prejuízo de seu salário e emprego. O que na prática essas garantias não impediam, de fato, a discriminação entre homens e mulheres no mercado de trabalho, dado que somente a partir da Lei nº 6.136, de 1974 (Brasil, 1974), foi transferido da empresa para a Previdência Social, o ônus do salário-maternidade.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988), outros direitos foram adquiridos, tais como: a) permissão do trabalho da mulher em locais insalubres; b) licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de 120 dias; c) proibição de diferenças de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo; d) igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres (Martins, 2023).

Percebe-se que, assim como a mulher demorou para ingressar no mercado de trabalho, devido à estrutura patriarcal que embasa a sociedade por tempos, seus direitos e garantias também demoraram para serem assegurados. Visto que se fazia importante e necessária uma proteção, ainda mais ampla, tendo em vista que as garantias até então previstas, de certa forma, se tornavam um impedimento para o ingresso das mulheres no mercado, devido a condição feminina que difere da masculina, como o fato da dádiva da gestação, e causavam, ainda mais discriminação, como no caso do salário-maternidade que será adiante explicado.

Dessa forma, a partir de 1988, foi chegado o momento no qual as mulheres possuem maior proteção no trabalho, com a fruição de direitos como: não obrigatoriedade do diagnóstico da gravidez, licença-maternidade, salário-maternidade, garantia à estabilidade, direito ao acompanhamento da gestação, intervalos para amamentação, adoção e licença em caso de aborto espontâneo.

Da não obrigatoriedade do diagnóstico da gravidez: o art. 373-A, inciso IV da CLT, veda que o empregador exija atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego (Brasil, 1943).

Da licença-maternidade: o art. 392 da CLT e o art. 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal, preveem que a empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário. Ademais, esse direito foi estendido à empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança ou adolescente, conforme Art. 392-A da CLT (Brasil, 1943).

Do salário-maternidade: o art. 393 da CLT dispõe que durante o período da licença-maternidade, a mulher terá direito ao salário integral e, quando variável, calculado de acordo com a média dos 6 (seis) últimos meses de trabalho, bem como os direitos e vantagens adquiridos, sendo-lhe ainda facultado reverter à função que anteriormente ocupava (Brasil, 1943).

Da garantia à estabilidade: o art. 391-A da CLT garante à empregada gestante, estabilidade provisória, prevista na alínea *b* do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, desde a confirmação do estado gravídico até cinco meses após o parto (Brasil, 1943).

Do direito ao acompanhamento da gestação: o art. 392, § 4º, inciso II, da CLT prevê a dispensa do horário de trabalho pelo tempo necessário para a realização de, no mínimo, seis consultas médicas e exames complementares, sem prejuízo de salário e demais direitos (Brasil, 1943).

Do direito aos intervalos para amamentação: o art. 389, §1º da CLT, dispõe que os estabelecimentos em que trabalharem pelo menos 30 (trinta) mulheres com mais de 16 (dezesseis) anos de idade terão local apropriado onde seja permitido às empregadas guardar sob vigilância e assistência os seus filhos no período da amamentação (Brasil, 1943).

Do aborto espontâneo: o art. 395 da CLT estabelece que em caso de aborto não criminoso, comprovado por atestado médico oficial, a mulher terá um repouso remunerado de 2 (duas) semanas, ficando-lhe assegurado o direito de retornar à função que ocupava antes de seu afastamento (Brasil, 1943).

Adiante, trataremos os três principais direitos garantidos à gestante, por terem maiores reflexos na prática da gestação de substituição.

3.2 Da licença-maternidade

A licença-maternidade, como mencionada, é um direito da gestante, ligado à proteção do trabalho da mulher e à maternidade, além de prevista na norma infraconstitucional, artigos 392 e 393 da CLT (Brasil, 1943), também está expressa na Magna Carta, em seu artigo 7º, inciso XVIII (Brasil, 1988):

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

[...]

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias.

Nesse sentido, a Constituição de 1988 (Brasil, 1988) determinou que a gestante terá 120 (cento e vinte) dias de repouso sem prejuízo do emprego e do salário (art. 7º, XVIII), e o art. 71 da Lei nº 8.213/91 (Brasil, 1988), que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, especificou que a segurada terá direito à licença desde 28 (vinte e oito) dias antes e 92 (noventa e dois) dias depois do parto, totalizando os 120 (cento e vinte) dias.

No plano infraconstitucional, a licença-maternidade está prevista nos artigos 392 e 393 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT):

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) (Vide Lei nº 13.985, de 2020)

§ 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) (Vide ADI 6327)

§ 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) (Vide ADI 6327)

§ 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)

[...]

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 guardião. (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)

Art. 392-B. Em caso de morte da genitora, é assegurado ao cônjuge ou companheiro empregado o gozo de licença por todo o período da licença-maternidade ou pelo tempo restante a que teria direito a mãe, exceto no caso de falecimento do filho ou de seu abandono. (Redação dada pela Lei nº 12.873, de 2013) (Vigência)

Art. 392-C. Aplica-se, no que couber, o disposto no art. 392-A e 392-B ao empregado que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção. (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013) (Brasil, 1943)

Preconiza Andressa de Paula Ribeiro (2021) que a licença-maternidade é o período, no qual, a empregada tem o direito de afastar-se do trabalho, sem prejuízo da sua remuneração, para poder dar à luz e amamentar o seu filho nos primeiros meses de vida.

Ademais, Sérgio Pinto Martins (2023) acrescenta que o referido afastamento é uma causa de interrupção do contrato de trabalho, pois nela estão inseridos os requisitos para tanto: a) cessação provisória da prestação de serviços, visto que há um lapso temporal de 120 (cento e vinte) dias; b) necessidade de pagamento dos salários no afastamento do trabalhador; c) contagem do tempo de serviço.

Inicialmente, era o empregador quem arcava financeiramente com o pagamento do salário da gestante pelo tempo em que ela ficava afastada para dar à luz. Em consequência, a contratação de mulheres era mais escassa, dado que o empregador não se interessava em ter esse encargo (Martins, 2023).

Haja vista que o tomador de serviços, numa visão mais conservadora, estaria custeando um serviço, de certa forma, não prestado, resultando num pensamento, no qual, a mulher acarretaria determinado “prejuízo”, por ela estar afastada, sendo necessário contratar outra pessoa para realizar suas tarefas, o que não aconteceria se fosse o caso de um empregado homem, que jamais passaria por toda uma gestação. É nesse sentido que se percebe que não adiantaria uma norma assegurando um direito à trabalhadora gestante, se como consequência teria-se mais uma causa de discriminação entre gêneros no mercado de trabalho, dada a preferência em contratação de mão de obra masculina.

Foi, então, a partir de 1966 que o cenário mudou, com a ratificação da Convenção nº 103 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), promulgada pelo Decreto nº 58.820, de 1966 (Brasil, 1966), dispondo que em caso algum o empregador deverá ficar pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas à mulher empregada (art. IV, 8). Logo, as prestações devidas à empregada gestante, tanto antes como depois do parto, passaram a ser encargo do sistema de Seguro Social ou Fundo Público (Martins, 2023).

É por essa via que segue o pensamento de Maurício Godinho (2019):

A licença-maternidade, trata-se de um caso de interrupção contratual em que a ordem jurídica buscou minorar os custos normalmente assumidos pelo empregador, isso em decorrência de uma política social dirigida a eliminar discriminações à mulher no mercado de trabalho. Ainda em sua análise, se fossem arcados todos os custos da interrupção pelo empregador, a mulher obreira seria prejudicada, dado que seus contratos seriam potencialmente mais caros para o empregador, levando este a práticas discriminatórias contra as mulheres.

É nesse sentido que o mercado de trabalho para mulher estaria, ainda mais, restrito, e foi essencial que o Estado garantisse alguma forma de minimizar os efeitos discriminatórios, fazendo com que o custo passasse para a Previdência Social (Instituto Nacional do Seguro Social) assumir.

Como mencionado, o período de afastamento pode ser iniciado de 28 (vinte e oito) dias antes e 92 (noventa e dois) dias depois do parto, totalizando 120 (cento e vinte) dias. Contudo, o início será sempre determinado por atestado médico seguido da notificação do seu empregador.

O atestado médico deverá indicar os períodos antes e após o parto e a data do afastamento do trabalho. Quando o parto ocorrer sem o documento, este será fornecido pela perícia médica do INSS (Martins, 2023).

No caso de adoção ou guarda judicial de criança, a licença-maternidade só será concedida mediante apresentação do termo de guarda da adotante, para que tanto o empregador quanto o INSS, no caso de pagamento do salário-maternidade, possam saber sobre a adoção. Contudo, em se tratando de adoção por um casal, heterossexual ou homoafetivo, só será concedida a licença a apenas um dos adotantes ou guardiões, empregado ou empregada, conforme art. 392-A da CLT (Martins, 2023).

Dessa forma, percebe-se, com a leitura da lei, que não pode haver sobreposição de duas licenças pela mesma criança no mesmo lar. Porém, conforme interpretação de Homero Batista da Silva (2019), pode haver a concessão de duas licenças pela mesma criança, na hipótese de a mãe biológica ser segurada da Previdência Social e pedir a licença-maternidade, ao mesmo tempo que entrega a criança para adoção e o casal receptor postula a licença-maternidade de adoção.

É uma hipótese rara da prática, mas prevista em lei previdenciária, conforme o art. 71-A da Lei 8.213/1991:

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 ao Regime Próprio de Previdência Social. (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013)

É de importância observar que a lei previdenciária abre a possibilidade de conceder duas licenças: uma para a mãe biológica, que põe o neonato para a adoção, e outra para um dos componentes do casal receptor, ou até mesmo da mãe e pai solo. Ora, trata-se de uma prática que muito se assemelha ao método da gravidez de substituição, na qual a gestante, que não é a mãe biológica, gesta e entrega o recém-nascido para os seus pais ou pai e mãe em projetos parentais solo.

Ademais, é possível prorrogar a licença-maternidade por mais 60 (sessenta) dias, caso a empresa participe do Programa Empresa Cidadã, previsto no art. 1º da Lei nº 11.770/2008 (Brasil, 2008), no qual, dispõe que: “é instituído o Programa Empresa Cidadã destinado a

prorrogar por mais 60 dias a duração da licença-maternidade prevista no inciso XVIII do *caput* do art. 7º da Constituição” (Martins, 2023).

Essa ampliação do período de licença foi um mecanismo de política social, de proteção do mercado de trabalho da mulher, encontrado pelo legislador, que facultou às empresas, em sua maioria, de grande porte, tributadas pelo lucro real, a oferecerem os dois meses adicionais, por sua conta, em troca de abatimento no imposto de renda, dado que o INSS não suportaria arcar com os custos da licença pelos seis meses.

Outrossim, o art. 39, §3º, da Constituição Federal (Brasil, 1988), também garante à servidora pública a licença-maternidade, nos mesmos termos da servidora da iniciativa privada. No âmbito federal, o Decreto nº 6.690/2008 (Brasil, 2008) também prevê a possibilidade de prorrogação da licença maternidade (Ribeiro, 2021).

O direito à licença-maternidade é ainda garantido, pela Constituição Federal, às empregadas domésticas, como dispõe o parágrafo único do art. 7º:

Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII e, atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, bem como a sua integração à previdência social. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 72, de 2013). (Brasil, 1988)

Por fim, nos casos de aborto espontâneo não criminoso, comprovado por atestado médico, a trabalhadora não tem o direito aos 120 (cento e vinte) dias de licença, mas apenas à um afastamento de duas semanas, sendo resguardado a ela o direito à um afastamento remunerado de 2 (duas) semanas, como segue o art. 395 da CLT: “Art. 395 - Em caso de aborto não criminoso, comprovado por atestado médico oficial, a mulher terá um repouso remunerado de 2 (duas) semanas, ficando-lhe assegurado o direito de retornar à função que ocupava antes de seu afastamento” (BRASIL, 1943).

3.3 Do salário-maternidade

Conforme Maurício Godinho (2019), o salário-maternidade trata-se da renda mensal igual à remuneração integral da obreira gestante a ela paga por ocasião do período de afastamento previdenciário para o parto e subsequente período de aleitamento materno, ou em face de adoção de criança ou obtenção de guarda judicial para sua adoção. A contar da

Constituição de 1988, a licença-maternidade é de 120 (cento e vinte) dias, conforme art. 7º, XVIII (Brasil, 1988).

Como dependente mútuo à licença-maternidade, o salário-maternidade é a prestação financeira paga à gestante pelo tempo de afastamento devido a gestação, também possui caráter de direito fundamental, com previsão do art. 71 ao art. 73 da Lei nº 8.213/1991 (Brasil, 1991) e art.7º, inciso XVIII da Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988).

Por conseguinte, como também já introduzido, seu pagamento era encargo do empregador, porém, com a edição da Lei nº 6.136 de 1974 (Brasil, 1974), passou a ser uma prestação previdenciária. Assim, foi transferida da empresa para a Previdência Social seu ônus. Nesse sentido, não se trata exatamente de salário, mas de benefício previdenciário, pois não é pago pelo empregador, mas pelo INSS (Martins, 2023).

Até a edição da supracitada lei, explica Maurício Godinho (2019), o salário-maternidade se caracterizava como o conjunto de parcelas contratuais (salariais, inclusive) devidas pelo empregador à obreira no período de interrupção do contrato derivado do afastamento da gestante. Logo, não tinha a parcela, naquele período, portanto, natureza previdenciária, mas trabalhista.

Sobre o quantum do salário-maternidade, explica Sérgio Pinto Martins (2023) que:

O STF concedeu liminar em ação direta de inconstitucionalidade, em relação ao art. 14 da Emenda Constitucional nº 20/98 (ADIn 1.946, j. 29-4-1999, Rel. Min. Sydney Sanches *DJU* 1 10-5-1999, p. 30). Entende o STF que o salário-maternidade não está sujeito ao limite de R\$ 1.200,00, devendo o INSS pagar o benefício integralmente, independentemente do valor do salário da trabalhadora gestante. A limitação contraria a Constituição, em razão de que a gestante tem garantido o direito à licença-maternidade, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de 120 dias (art. 7º, XVIII).

No julgamento de mérito, o STF entendeu que o pagamento do salário-maternidade pode ser superior ao teto, pois, do contrário, haveria “discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, XXX, da CF/88), proibição que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direito, entre homens e mulheres (STF, Pleno, ADIn 1.946-5, j. 3-4-2003, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJU* 16-5-2003, p. 90)”.

O pagamento do salário-maternidade também será concedido no caso de adoção, nos termos do art. 392-A da CLT (Brasil, 1943), e para o seu pagamento o empregado deve apresentar certidão de nascimento do adotado. A Lei nº 12.873/2013 (Brasil, 2013) ampliou a concessão para os adotantes e retirou a diferença entre o período de licença de acordo com a idade da criança, fixando o período de 120 (cento e vinte) dias, e concedeu o salário aos homens segurados da Previdência Social que venham a adotar (Amado, 2020).

Explica Frederico Amado (2020) que o salário-maternidade é devido à mãe biológica, mas 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 ao Regime Próprio de Previdência Social. Portanto, será concedido apenas um salário-maternidade por adoção, cabendo ao casal a escolha de quem irá perceber o benefício.

Ademais, conforme a Lei nº 8.213/91, para a empregada, empregada doméstica e trabalhadora avulsa não haverá prazo de carência, contudo, a contribuinte individual, a segurada especial e a facultativa deverão comprovar a carência de 10 contribuições mensais anteriormente ao parto (Brasil, 1991).

Ante o exposto, percebe-se que os institutos da licença-maternidade e do salário-maternidade são diferentes. O primeiro é o repouso de 120 (cento e vinte) ou de 180 (cento e oitenta) dias, a depender do empregador ter aderido ou não ao Programa Empresa Cidadã, sendo esse período contado como tempo de serviço, para aposentadoria e férias, incluindo FGTS. O segundo instituto, por seu turno, diz respeito ao salário recebido durante o período de afastamento (Toledo, 2020).

Ademais, a licença-maternidade é um instituto trabalhista e suas eventuais alterações não afetarão o prazo de pagamento do salário-maternidade, benefício previdenciário. Nesse sentido, a possibilidade de prorrogação da licença, pelo Programa Empresa Cidadã, a critério da empresa, não ensejará a prorrogação do salário-maternidade para 180 (cento e oitenta) dias (Amado, 2020).

3.4 Da estabilidade provisória

A palavra estabilidade vem do latim e num sentido genérico significa solidez, firmeza, segurança, e em seu sentido jurídico diz respeito à impossibilidade de dispensa do empregado, salvo nas hipóteses indicadas na lei, como justa causa, motivo de força maior e outras. São restringidas a essas hipóteses como forma de aplicabilidade prática do princípio da continuidade do contrato de trabalho (Martins, 2023).

Para Sérgio Pinto Martins (2023), faz-se necessário distinguir a estabilidade e a garantia de emprego. A primeira é o gênero que compreende medidas tendentes ao trabalhador obter o primeiro emprego, a manutenção do emprego conseguido e, até mesmo, de maneira ampla, a colocação do trabalhador em novo serviço, portanto, está ligada a política de emprego. Já a estabilidade é o direito do empregado continuar no emprego, mesmo contra a vontade do empregador, desde que inexista uma causa objetiva a determinar sua despedida. Tem, assim, o

empregado o direito ao emprego, de não ser despedido, salvo determinação em lei em sentido contrário.

A estabilidade, nesse sentido, é vista como uma forma de dar segurança ao trabalhador para não ser dispensado a qualquer momento por capricho do empregador, sem justificativas, e ficar de uma hora para a outra sem o seu sustento. Ao tomar essa interpretação, percebe-se que a mulher grávida necessita de maior segurança na manutenção de seu emprego, posto que o período gestacional e puerperal acaba afetando seus estados físico e emocional, fazendo com que ela se encontre numa posição de vulnerabilidade e insegurança, gerando uma discriminação pela sua condição biológica. Nesse sentido, o direito à estabilidade, especificamente concedido à mulher gestante, tem o objetivo de proteger o emprego da grávida.

A estabilidade como um direito da gestante está prevista na legislação infraconstitucional, conforme art. 391-A da CLT:

Art. 391-A: A confirmação do estado de gravidez advindo no curso do contrato de trabalho, ainda que durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado, garante à empregada gestante a estabilidade provisória prevista na alínea *b* do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (Brasil, 1943).

Além disso, como mencionado, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (art. 10, II, alínea *b*) estabelece que: “art. 10 [...] II – fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: [...] *b*) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto” (Brasil, 1988).

Nesse sentido, a estabilidade da gestante é provisória, dado que dura apenas pelo período previsto constitucionalmente. Ademais, não é absoluta, mas apenas relativa, já que a referida legislação apenas veda a sua “dispensa arbitrária ou sem justa causa”, sendo possível, portanto, a despedida por justa causa (Ribeiro, 2021).

Sérgio Pinto Martins (2023) afirma que a estabilidade garantida à gestante é uma questão social e justifica-se pela dificuldade da mulher encontrar outro serviço no período gestacional ou pós-parto, caso viesse a ser dispensada. Argumenta, ainda, que ela deve ter direito ao emprego em razão da proteção do nascituro, para que possa se recuperar do parto e cuidar da criança nos primeiros meses de vida.

Dessa forma, percebe-se que a estabilidade possui uma dupla finalidade: a proteção da continuidade do contrato de trabalho da mulher, por ser a gestação um momento delicado que requer cuidados, devido a todas as mudanças sofridas fisicamente e psicologicamente, que podem vir a colocar a mulher numa posição de vulnerabilidade, dificultando lograr outro emprego, caso fosse demitida, e o segundo fundamento seria que esse tempo provisório de

estabilidade daria à mulher tranquilidade para cuidar de seu recém-nascido, sem a preocupação em ser demitida e perder o seu sustento e o da sua família, já que estaria afastada do cargo devido ao período da licença-maternidade.

O art. 10, inciso II, alínea b, do ADCT, dispõe que a dispensa arbitrária ou sem justa causa é vedada desde a confirmação da gravidez (Brasil, 1988). Nesse sentido, o Tribunal Superior do Trabalho tem jurisprudência pacífica no sentido de que a empregada não precisa comprovar a sua gravidez, perante o empregador, bastando haver a sua confirmação, conforme Súmula nº 244, I, do TST:

GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b" do ADCT).

II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.

III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

Dessa forma, é pacífico o entendimento de que, mesmo que o empregador não tenha conhecido do estado gravídico da empregada quando da sua dispensa, a mesma ainda terá direito à garantia do emprego, cabendo a ela comprovar, que à época da dispensa já estava confirmada sua gravidez.

Sérgio Pinto Martins (2023) acredita que a “mãe de aluguel” terá garantia de emprego, porque houve gestação, contudo, a fornecedora do óvulo não terá garantia de emprego, porque não houve gestação. Além disso, aponta que se houver parto, mesmo que a criança tenha nascido morta, há garantia de emprego, porque houve gestação e parto, dado que a Constituição (Brasil, 1988) não faz distinção e, tanto a empregada necessita de proteção, visando a sua recuperação, como seu filho.

É, nesse ponto, que o autor parece estar em contradição, visto que ele afirma que a estabilidade se baseia em dois fundamentos: a recuperação do corpo da gestante, devida a todas as mudanças da gravidez e do parto, e a necessidade de proteção do neonato (Martins, 2023). Quando afirma que a mãe intencional não teria direito à estabilidade por não ter dito gestação, a figura da mulher fica em posição de insegurança jurídica, uma vez que estaria em risco ser demitida sem justa causa, perdendo seu emprego num momento delicado, no qual, sua atenção estaria voltada aos cuidados com o bebê.

Outra contradição é quando o doutrinador afirma, também, que a mãe adotiva não tem direito à garantia de emprego, dado que a alínea *b* do inciso II do art. 10 do ADCT (Brasil, 1988) dispõe que a garantia da gestante é desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Para ele, o dispositivo faz referência à gestante e não à adotante, pois essa não precisaria de prazo para recuperação de seu corpo (Martins, 2023). Novamente, se a empregada vier a adotar um recém-nascido, uma criança ou um adolescente, ela estaria em posição de desproteção jurídica, ocasionando a perda da dupla finalidade do direito à estabilidade.

Percebe-se, também, que a interpretação do próprio ordenamento jurídico entra em contradição, quando não é previsto que a mãe adotante tenha direito à estabilidade, mas àquela que possui a guarda do recém-nascido em razão do falecimento de sua mãe dispõe do direito, conforme art. 1 da Lei Complementar nº 146 de 25 de junho de 2014 (Brasil, 2014). Dado que nessa situação a finalidade do direito, em questão, seria o tempo necessário para os cuidados com o filho, já que nenhuma das duas mulheres dos objetos passaram por uma gestação.

Em suma, parte da doutrina segue o pensamento de que a gestante solidária e a mãe que sofreu o aborto têm direito à estabilidade provisória, por ter havido gestação. Contudo, a mãe doadora de óvulo e a mãe adotante não teriam direito à estabilidade, pois não houve a gestação.

Dessa forma, é perceptível que existe certa incongruência, pois, o direito à estabilidade estaria perdendo seu objeto, dupla finalidade, que é a necessidade de ser assegurado um período de tempo, no qual, a mulher não pode ser demitida sem justa causa, tanto para a recuperação de seu corpo, quanto para os cuidados com o bebê. Ficando a critério de uma interpretação dos operadores do direito se àquela garantia seria aplicada ou não, no caso concreto, já que não há legislação que expresse, especificamente, os moldes dessa concessão.

Assim, retoma-se para o reportado no primeiro capítulo, a existência de uma lacuna legislativa acaba por gerar uma insegurança jurídica, dificultando a mulher de delinear livremente seu planejamento familiar, no qual, é um direito fundamental previsto constitucionalmente. Restando a inviabilização da prática da gestação de substituição, com a contribuição para a insistência de discriminação de gênero no mercado de trabalho, já que os impasses impactam, expressivamente, na esfera feminina.

3.5 Regulamentação e extensão protetiva

Como apanhado de tudo o que foi exposto, percebe-se que as medidas de proteção ao mercado de trabalho da mulher, como forma de dirimir as desigualdades de gênero, tem evoluindo e ampliando direitos. Pode-se notar essas medidas, quando o Brasil ratificou, através

do Decreto nº 58.820/1996 (Brasil, 1996), a Convenção nº 103 da Organização Internacional do Trabalho, e passou a ser da Previdência Social o ônus do pagamento do salário-maternidade e não mais do empregador.

Além disso, é visualizado, também, quando a Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988) ampliou o prazo da licença-maternidade para 120 (cento e vinte) dias, podendo a licença iniciar a partir de 28 (vinte e oito) dias antes do parto e perdurar por, pelo menos, 92 (noventa e dois) dias subsequentes.

Por conseguinte, quando a nova Lei de Adoção nº 12.010/2009 (Brasil, 2009), revogou os §§ 1º a 3º do art. 392-A da CLT (Brasil, 1943), e unificou o prazo de licença-maternidade, para 120 (cento e vinte) dias, não mais fazendo distinção de acordo com a idade da criança adotada.

Ademais, quando a Lei nº 12.873 de 2013 (Brasil, 2013), que alterou os arts. 392-B e 392-C da CLT (Brasil, 1943), além de conceder a licença-maternidade a um dos adotantes ou guardiões da criança, ampliou, inclusive para o empregado, o mesmo prazo de 120 (cento e vinte) dias, nos casos de adoção ou guarda judicial de pessoa do sexo masculino, ressalvando que se for o caso de casal adotante, não poderá haver a sobreposição de licenças. Nessa ideia ampliativa de direitos, foi estipulado, também, que no caso de morte da genitora é assegurado ao cônjuge ou companheiro empregado o gozo da licença pelo mesmo período de 120 (cento e vinte) dias, ou pelo tempo restante a que teria direito a mãe.

Faz-se necessário destacar que a licença-maternidade, dado à pessoa masculina nos casos acima, não se confunde com a licença-paternidade, instituto, especificamente, destinado à figura masculina, que garante o direito do pai de afastar-se do trabalho em razão do nascimento de seu filho, e possui previsão, infraconstitucional, no art. 473, inciso III, da CLT, no qual dispõe que:

Art. 473 - O empregado poderá deixar de comparecer ao serviço sem prejuízo do salário: (Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

III - por 5 (cinco) dias consecutivos, em caso de nascimento de filho, de adoção ou de guarda compartilhada; (Redação dada pela Lei nº 14.457, de 2022) (Brasil, 1943)

Por fim, outra ampliação ocorreu em 2008 com a criação do Programa Empresa Cidadã, que por meio de um incentivo fiscal dado pelo Estado, acrescentou-se mais 60 (sessenta) dias à licença-maternidade, encargo dos empregadores que aderirem ao programa. Também autorizando as entidades da administração pública direta, indireta e fundacional a participarem, vide art. 2º da Lei nº 11.770/2008:

Art. 2º É a administração pública, direta, indireta e fundacional, autorizada a instituir programa que garanta prorrogação da licença-maternidade para suas servidoras, nos termos do que prevê o art. 1º desta Lei. (Brasil, 2008)

Dessa forma, é notório que os passos dados pelo legislador brasileiro fazem com que seja possível diminuir as desigualdades entre gênero do mercado de trabalho, mas ainda há a necessidade de regulamentar e, conseqüentemente, garantir a efetivação de outros direitos.

3.6 Do fundamento ligado à medicina acerca da concessão das garantias da gestante

Além das finalidades jurídicas, determinadas pelo legislador e pelos operadores do direito, conforme suas interpretações, faz-se necessário entender os fundamentos médicos que embasam e influenciam a concessão dos direitos ligados à gestação.

Vê-se que a gestação causa conseqüências para a mulher, como mudanças fisiológicas e psicológicas, entre outros sintomas, enjoos, fraqueza, desmaios, cefaleia, náuseas, sensibilidade nas mamas, aumento de peso, dificuldade de locomoção, inchaço, surgimento de diabetes gestacional, pré-eclâmpsia, entre outros. Além disso, passam por alterações emocionais, oscilações de sentimentos, que repercutem em todos os âmbitos de sua vida, como família, trabalho, estudos etc.

No que diz respeito ao parto, por muitas vezes faz-se necessária a intervenção cirúrgica da cesárea, meio desenvolvido para prevenir ou tratar uma ameaça à vida da mãe e/ou do bebê, indicada para casos de gestação de alto risco, de sofrimento fetal, entre outras.

Nesse sentido, no Brasil, conforme Faúndes e Cecatti (1991) há uma forte tendência de preferência por partes cesáreas, dado que os médicos, principalmente, acham conveniente uma intervenção programada, que não toma muito de seu tempo, ao contrário do parto vaginal, que pode ocorrer nos mais diversos horários e em qualquer dia, fins de semana, feriado, e que não ocupa um período maior e imprevisível de tempo.

Além disso, explicam, ainda que por parte da mulher uma das razões de preferência por cesárea ao parto vaginal é o receio da dor durante o trabalho de parto e o parto, pois a cirurgia dá a oportunidade para ela decidir com antecedência o dia e a hora e permite um parto sem dor, contudo, recebendo fortes analgésicos.

Contudo, apesar do alívio das dores do parto, a recuperação do procedimento é delicada, pois, conforme Sell, Beresford, Dias, Garcia e dos Santos (2012):

A cesariana provoca sempre um trauma no organismo da mulher, maior que o causado quando há um parto normal. O abdômen é cortado, a musculatura é afastada de seu lugar e a cavidade abdominal invadida. Tudo isso provoca acúmulo de gases, dores, menor movimentação intestinal e uma recuperação pós-parto mais lenta.

Nesse sentido, a recuperação é mais dolorosa que a de um parto vaginal, e atrelado ao fato de que há uma tendência de preferência pela cesárea, como explicado, percebe-se que se faz necessário um tempo de recuperação para mulher gestante, no geral, e em específico para a substitutiva. Contudo, não há regulamentação específica que disponha sobre a concessão desse período, sobre o tempo necessário de recuperação, e constata-se que a delimitação dele, não é algo que diz respeito a interpretação exclusiva do legislador, no momento da produção de leis, pois lhe falta tecnicidade, sobre o assunto, que possui caráter médico.

Dessa forma, a mulher doadora temporária de útero se encontra numa posição de insegurança jurídica, por não haver legislação que disponha acerca do período que terá direito para recuperação da gestação. Ademais, percebe-se que os fundamentos e finalidades da licença-maternidade e, conseqüentemente, do salário-maternidade e estabilidade provisória, vão além do que pode definir o legislador.

4 A APLICAÇÃO DOS DIREITOS GESTACIONAIS AOS SUJEITOS ENVOLVIDOS NA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO

4.1 Da integração normativa

O presente capítulo versa sobre a possibilidade de aplicação da licença maternidade, do salário-maternidade e da estabilidade provisória ao emprego às pessoas envolvidas na prática da gestação substitutiva.

Como já mencionado, no primeiro capítulo do presente trabalho, no ordenamento jurídico brasileiro não há legislação que disponha sobre a prática das técnicas de reprodução assistida, em específico, da gestação de substituição, tema central do trabalho, ficando a cargo das diversas edições de Resoluções do Conselho Federal de Medicina regular a matéria. Nesse sentido, se não há norma jurídica sobre o procedimento, também, não há sobre como se dá a aplicação dos direitos trabalhistas garantidos à mulher gestante e aos sujeitos envolvidos na prática da maternidade substitutiva.

Como explicam Cristiano de Farias e Nelson Rosenvald (2019), os fatos da vida sucedem em uma velocidade superior ao fenômeno legislativo, que é lento e gradual, resultando na ideia de que a norma jurídica não consegue disciplinar, em tipos positivados, todas as possibilidades fáticas da vida humana em sociedade. Assim, percebemos, como já apontado, que o Direito não consegue acompanhar na mesma velocidade, criando normatização para todos os problemas cotidianos. Contudo, isso não significa que o ordenamento jurídico seja incompleto.

Para os mesmos doutrinadores, o sistema jurídico, como um todo, é completo, apesar da norma jurídica, por vezes, ser lacunosa, já que o ordenamento prevê mecanismos para o preenchimento das eventuais ausências normativas em relação a certos fatos.

Nesse sentido, Tartuce (2021) explica que uma lacuna normativa é a ausência de uma determinada norma jurídica prevista para o caso concreto. Ainda, ilustra, que não existem lacunas no Direito, dado que o próprio sistema prevê os meios de preenchimento dessas, especificamente nos arts. 4º e 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB):

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. (Brasil, 1942)

Nesse sentido, quando o intérprete não localizar no sistema jurídico a regra aplicável ao caso concreto, deve promover uma integração da norma jurídica. Partindo do pressuposto de que há a vedação ao *non liquet*, que dispõe que provocado o Estado-Juiz, através do direito de ação, previsto no art. 5º XXXV da Constituição Federal (Brasil, 1988), não poderá o magistrado eximir-se de proferir uma decisão, alegando ausência de norma jurídica para o caso específico (Farias e Rosendal, 2019).

Além disso, expressa o art. 140 do Código de Processo Civil que: “o juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico” (Brasil, 2015).

A integração é uma atividade interpretativa, que busca o sentido e alcance na norma, elastecendo, ou não, o seu conteúdo, dado que a compreensão de uma norma pressupõe a comparação com outros casos e com conflitos existentes.

Como explica De Farias e Rosendal (2019):

Seguramente, para que se possa integrar uma norma (resolvendo um caso não previsto no sistema) é preciso, antes de qualquer outra coisa, interpretar o seu sentido e alcance. Até porque a norma jurídica é viva, não sendo um dado, mas um construído, a partir das condições de tempo e lugar.

De todo modo, os métodos de integração normativa foram contemplados no art. 4º da lei de introdução às normas do direito brasileiro, estabelecendo uma ordem preferencial e taxativa. Assim, são mecanismos de integração: (i) a analogia; (ii) os costumes; (iii) os princípios gerais do direito.

Por conseguinte, recapitulando o tema de estudo do presente trabalho, não há legislação, como já explicado, que regule a prática da gestação de substituição, nem tão pouco, norma jurídica que disponha os direitos trabalhistas que os sujeitos envolvidos na prática possuem, cabendo ao próprio ordenamento jurídico suprir essa omissão, por meio da analogia, prevista no art. 4º da LINDB (Brasil, 1942).

Assim, por analogia entende-se que é a aplicação de uma norma próxima ou de um conjunto de normas próximas, não havendo norma prevista para um determinado caso concreto. Dessa forma, sendo omissa a lei jurídica para uma dada situação fática, deve o aplicador do direito procurar alento no próprio ordenamento jurídico (Tartuce, 2021).

É, nesse sentido, que segue o presente trabalho, como há uma lacuna sobre a aplicação dos direitos trabalhistas aos sujeitos envolvidos na prática da gestação de substituição, o intérprete do direito deve se valer de uma norma que regule uma situação similar. Desse modo, ao longo do presente trabalho, é possível notar que há no ordenamento jurídico uma norma que se assemelha ao caso lacunoso, e poder vir a ser objeto de aplicação para esse tema.

Como a licença-maternidade e o salário-maternidade estão interligados, visto que só é possível usufruir da primeira, período em que o contrato de trabalho está interrompido e a mulher é afastada do trabalho sem prejuízo de remuneração, se for assegurado o gozo do salário, dado que não é viável o afastamento do trabalho sem garantia da contraprestação, serão tratados conjuntamente e, logo após, iremos analisar a questão da estabilidade provisória.

Percebe-se que ao longo do capítulo dois há uma ideia de que não é possível conceder o salário-maternidade a mais de uma mulher, envolvida na prática da maternidade substitutiva, visto que o INSS não estaria preparado para tanto. Nesse sentido, argumenta Sérgio Pinto Martins (2023) que não pode haver concessão do salário-maternidade para a “mãe de aluguel”, pois não há previsão no orçamento para concessão de dois benefícios para o mesmo fato gerador, assim, se isso fosse praticado estaria por ofender o princípio da contrapartida.

Por conseguinte, há uma norma constitucional, a qual expressa que nenhum benefício da Seguridade Social pode ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total, conforme art. 195, §5º, da Magna Carta (Brasil, 1988).

Essa norma jurídica é conhecida por princípio da preexistência ou antecedência da fonte de custeio, ou por princípio da contrapartida, na qual, rege a Seguridade Social e garante que ela tenha uma gestão responsável, assegurando que para cada prestação sempre exista um recurso público para custeá-la. Assim, antes de ser criado um novo benefício, é preciso apontar a fonte de custeio respectiva, através da dotação orçamentária, a fim de manter o equilíbrio entre despesas e receitas públicas (Amado, 2020).

Ocorre que a própria lei que rege a previdência social (Lei 8.213/1991) estabelece, em seu art. 71-A, que pode haver a concessão de dois benefícios, salários-maternidade, com relação à mesma criança, no caso de adoção, ao passo que pode ser assegurado tanto à mãe biológica, quanto aos adotantes, mãe ou pai (Brasil, 1991). Ressalvando que não pode haver a sobreposição de concessões, dado que caso se trate de casal adotante, heterossexual ou homoafetivo, deve ser escolhido um deles para usufruir do direito.

Como bem exposto, essa situação fática se amolda, completamente, ao caso da gestação de substituição, quando a mãe biológica que entrega o nascituro para a adoção preenche as mesmas características da gestante substitutiva, que entrega o recém-nascido aos pais, ou às pessoas com projeto familiar monoparental, e quando a mãe ou pai adotantes, que vão cuidar da criança ou adolescente, a depender do caso, são semelhantes aos pais intencionais que irão receber seu filho gerado em útero alheio.

É nesse sentido que, por haver uma previsão em lei para um caso semelhante, no caso da adoção, e por haver uma lacuna legislativa, no caso da gestação de substituição, o operador

do direito deve, assegurada pelo próprio ordenamento jurídico (art. 4º da LINDB/1942), realizar a integração dessa lacuna, utilizando a analogia, e trazendo a aplicação daquela lei para o caso em que não há previsão de regulamentação.

Além disso, um dos objetivos da assistência social (Seguridade Social) previsto no art. 201, inciso II, da CF/88 (Brasil, 1988) é a proteção da maternidade e da gestante, como segue:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: [...] II – proteção à maternidade, especialmente à gestante; [...].

Ademais, a Constituição Federal (art. 226, §7º) garante que o Estado disponibilize recursos educacionais e científicos para que o direito ao livre planejamento familiar, basilar do princípio da dignidade humana, seja efetivado (Brasil, 1988).

Arelado a isso, o art. 8º do Código de Processo Civil dispõe que: “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.” (Brasil, 2015).

Logo, por tudo o que foi exposto, havendo uma norma que regula um caso semelhante ao da gestação de substituição e, existindo princípios que asseguram e fundamentam a sua aplicação, e que esperam do Estado uma atuação a fim de promover a dignidade humana, os operadores podem aplicá-la para que os sujeitos dessa prática não fiquem desamparados, numa situação de insegurança jurídica e desigualdade, por escolherem esse método de constituição familiar.

Já no que se refere à estabilidade provisória, ainda é firme, na doutrina, o entendimento de que essa garantia só deverá ser concedida à gestante, inclusive Sérgio Pinto Martins (2023) argumenta que com relação à “mãe de aluguel” deve ser assegurado o direito porque houve gestação, ao passo que a mãe biológica não o terá porque não gestou. Dessa forma, com base nesse entendimento, e por não haver legislação que trata do assunto expressamente, os pais, intencionais e biológicos, ou adotantes, não poderão gozar desse direito.

Contudo, deve ser concedida à estabilidade provisória, também, aos adotantes, por ser uma forma de promoção de justiça social, e reafirmação do princípio da igualdade, dado que, assim como a mulher, que além de gestar é a mãe biológica/intencional, inicia sua experiência maternal, o adotante deve ter esse direito devido a importância desse convívio inicial para a criança e para aquele.

É nesse sentido que, se a legislação concede a estabilidade à gestante, que vem a ser mãe, para protegê-la de possíveis retaliações do empregador, seguindo o princípio da isonomia material, na qual, é respaldada na ideia de que deve ser tratado o igual de forma igual e o desigual de forma desigual, na medida de seus desigualdades, da mesma forma deve ser estendida tanto ao adotante, quanto ao pai e à mãe intencionais, envolvidos na prática da maternidade substitutiva, para impedir que o tomador de serviço venha a dispensá-los sem justa causa, inviabilizando uma das finalidades dessa garantia.

Como já analisado, anteriormente, os objetivos dos direitos trabalhistas ligados à maternidade e à gestação possuem, em resumo, dupla finalidade, a primeira delas é de possibilitar a tranquilidade para a mulher se recuperar do processo da gestação, devido a todas as mudanças físicas e psicológicas que passou e, a segunda refere-se à necessidade de ter um período de tempo focado nos cuidados com o nascituro.

Ademais, faz-se importante indagar como o adotante e os pais intencionais vão usufruir da licença-maternidade sem a concessão da estabilidade provisória? Esse direito estaria sem efetividade, visto que como esses sujeitos podem gozar da licença, que já lhes são asseguradas, se não têm a garantia da continuidade do trabalho?

É nesse sentido, que a estabilidade provisória tem como objetivo a garantia de proteção dos cuidados com o filho nascituro, desse modo, o adotado necessita dos mesmos cuidados que o filho biológico, e mesmo que os benefícios sejam direcionados à mulher gestante, beneficiam o desenvolvimento da criança, que conta com a presença do responsável para ajudar na adaptação do lar e possibilitar os diversos cuidados necessários. Dessa forma, não seria justo tratar de forma diferente o filho biológico, dando segurança para mãe poder cuidar dele sem a preocupação de ser demitida, por capricho do empregador, em detrimento do filho adotado/gerado por meio de gestação de substituição, ficando esse último em uma situação de desproteção jurídica.

Além disso, faz-se necessário mencionar que a proteção à maternidade e à infância, não somente à gestante, é um direito social, conforme art. 6º da CF/88 (Brasil, 1988), devendo ser levado em consideração na aplicação da concessão do direito à estabilidade provisória não somente a proteção da mulher que vem a gestar, como forma de dirimir as desigualdades no mercado de trabalho, mas também à proteção ao filho que merece total atenção e cuidados iniciais e aos pais intencionais e adotantes, como forma de dar efetividade ao direito fundamental previsto constitucionalmente.

Por conseguinte, como não há previsão do direito à estabilidade para os adotantes, impossibilitando o uso de analogia para preencher a lacuna com relação à gestação substitutiva,

já que trata-se de um caso semelhante, faz-se necessário utilizar da interpretação extensiva para que esse direito seja abrangido pelos sujeitos que participam da prática, tendo em vista que as finalidades para os casos em comento são as mesmas, a proteção do nascituro ou criança/adolescente.

Além disso, ao contrário do salário-maternidade que tem como limitador, para concessão do direito, a previsão de recurso financeiro, a estabilidade não se faz onerosa nesse sentido, não custando financeiramente para o empregador ou para a Previdência Social.

Por conseguinte, ao contrário do entendimento doutrinário, a jurisprudência estabelece entendimentos no sentido de garantir aos adotantes e aos pais intencionais, a concessão do direito à estabilidade provisória, levando em consideração a finalidade encontrada na garantia, tendo como consequência a abrangência do seu alcance.

Nesse sentido, passaremos a analisar as decisões a respeito da concessão dos três direitos analisados: licença-maternidade, salário-maternidade e estabilidade provisória ao emprego.

4.2 Jurisprudência acerca da aplicação dos direitos de licença-maternidade, de salário-maternidade e de estabilidade provisória aos sujeitos da prática da gestação de substituição

Apresentam-se quatro decisões proferidas pelos Tribunais, especificamente, Supremo Tribunal Federal (STF), Tribunal Regional Federal (TRF) e Tribunal Regional do Trabalho (TRT), que tratam dos direitos trabalhistas das pessoas envolvidas na prática da maternidade de substituição.

*Remessa Necessária Cível nº 5001085-26.2018.4.03.6000, TRF-3, Mato Grosso do Sul: Relator Valdeci dos Santos, 1ª Turma; julgamento em 04/12/2020. Trata-se de Mandado de Segurança provido em face da União objetivando o reconhecimento da ilegalidade do ato de licenciamento do serviço ativo militar, tendo em vista que se trata de um caso, no qual, a mãe intencional serviu a Força Aérea, entre o período de 01/02/2010 a 30/01/2018, tempo que foi licenciada do serviço ativo e, por conseguinte, foi incluída na Reserva da Aeronáutica. Ocorre que existe controvérsia acerca do ato administrativo do licenciamento, tendo em vista que, em 2017, a irmã da militar cessou seu útero, temporariamente, para gestar, por meio da fertilização *in vitro*, filho da autora. Assim, em 2018, requereu administrativamente a estabilidade provisória, por conta da maternidade, sendo-lhe negada, com o fundamento na inexistência de previsão legal para o seu caso.*

O relator expõe que a estabilidade, prevista no art. 10, II, b, do ADCT (Brasil, 1988), visa à proteção da família e, especialmente, da criança, não se tratando, portanto, de um benefício concedido à mãe. Ademais, a condição de servidora pública que a mãe sustenta, não pode ser fator limitante ao referido direito. Além disso, explicou que não se pode fazer uma interpretação restritiva do texto constitucional (art. 10, II, b, do ADCT), atrelando que o direito à estabilidade só se aplica à gestante, não se aplicando a mãe biológica, do caso, por se tratar de “barriga de aluguel”, dado que essa restrição fere o princípio da igualdade, bem como viola a própria finalidade da norma, que é o bem-estar da criança.

Dessa forma, foi negado o reexame necessário, mantendo a sentença que julgou procedentes os pedidos formulados, reconhecimento da ilegalidade do ato de licenciamento, e concedeu a segurança, o benefício da estabilidade provisória, como segue:

E M E N T A CIVIL. PROCESSO CIVIL. MILITAR. LICENÇA GESTANTE. ESTABILIDADE. "BARRIGA DE ALUGUEL". ISONOMIA. REEXAME NECESSÁRIO NEGADO. 1. No presente caso, a impetrante serviu à Força Aérea Brasileira no período compreendido entre 01/02/2010 a 30/01/2018, data em que foi licenciada do serviço ativo, por conclusão do tempo a que se obrigou servir. Por conseguinte, foi incluída na Reserva da Aeronáutica, nos termos do artigo 94, §1º, da Lei nº 6.880/80. 2. Contudo, a controvérsia diz respeito à legalidade do ato de licenciamento tendo em vista que, desde 2014, ela realizava tratamento gestacional pelo método de fertilização por transferência de embriões a uma doadora temporária de útero (sua irmã), obtendo êxito em setembro de 2017. Diante disso, em 02/01/2018, requereu administrativamente a estabilidade provisória, sendo-lhe negada, com fundamento de inexistência de previsão legal. 3. Nos termos do artigo 10, II, "b", do ADCT, é vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. 4. Tal instituto jurídico, ao garantir a estabilidade provisória no emprego, visa à proteção da família e, especialmente, da criança, atendendo ao estabelecido nos artigos 226 e 227 da CF, não se tratando, portanto, de um benefício concedido à mãe. 5. Ademais, a condição de servidora provisória ostentada pela impetrante não pode ser fator limitante ao referido direito, ante à relevância da proteção à maternidade e ao nascituro. Nesse sentido, é a jurisprudência. 6. Ressalte-se, ainda, que a interpretação restritiva do texto constitucional, no sentido de que a garantia provisória de emprego é um direito somente da gestante, não se aplicando, no caso, à mãe biológica, por se tratar de "barriga de aluguel", não se coaduna com o princípio da igualdade, bem como viola a própria finalidade da norma, que é o bem-estar da criança. 7. Nesse sentido, cumpre assinalar que o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, no julgamento do Recurso Ordinário nº 0002715-88.2011.5.02.0053, reconheceu a estabilidade provisória no emprego a um homem, em relação homoafetiva, cujos filhos foram gerados através de "barriga de aluguel" (TRT 2ª Região - 17ª Turma, Recurso Ordinário nº 0002715-88.2011.5.02.0053 Desembargadora MARIA DE LOURDES ANTONIO, publicação em 06/02/2015). 8. Reexame necessário a que se nega provimento. (TRF-3 - RemNecCiv: 50010852620184036000 MS, Relator: Desembargador Federal Valdeci dos Santos, Data de Julgamento: 04/12/2020, 1ª Turma, Data de Publicação: Intimação via sistema DATA: 07/12/2020).

Apelação Cível nº 534999 PE (0004161-23.2011.4.05.8300), TRF-5, Pernambuco:
Relator Francisco Cavalcanti, 1ª Turma; julgamento em 30/08/2012. Trata-se de Ação que

pretende o reconhecimento do direito à licença maternidade pelo período de 180 (cento e oitenta) dias e não de 150 (cento e cinquenta) dias, como deferido pela apelada (UFPE), por se tratar de fertilização *in vitro* em “barriga de aluguel”.

O Relator argumenta que como não há previsão legal para a hipótese dos autos, gestação substitutiva, a solução deve ser analisada com base no art. 4º da LINDB (Brasil, 1942), o que coaduna, então, com o pensamento da Juíza *a quo*, que por haver omissão legislativa, fazendo uso da analogia, entendeu que deve-se dispensar à autora o mesmo tratamento legal conferido à mãe gestante (180 dias de licença), pois:

[...] a mãe biológica, embora não sofra com os procedimentos da gestação e do parto, é submetida a diversos outros procedimentos a fim de propiciar referida fertilização, além de acompanhar diuturnamente seu filho sendo gestado em útero alheio, o que significa consequências psicológicas típicas de uma mãe gestante [...].

Ademais, a Juíza *a quo* entende que a licença-maternidade é promovida para suprir uma necessidade imediata da criança, cujo bom desenvolvimento físico e mental depende da atenção que lhe é dada, principalmente pela mãe, nos primeiros dias de vida.

Nesse sentido, o relator firmou o entendimento de que a autora é, efetivamente, mãe biológica, não importando se a fertilização foi *in vitro* com “barriga de aluguel”, dado que os filhos são sanguíneos e não adotivos. Dessa forma, a apelante faz jus à licença-maternidade pelo período de 180 (cento e oitenta) dias, como segue:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. LICENÇA MATERNIDADE. PRAZO DE 180 DIAS. FERTILIZAÇÃO "IN VITRO" EM "BARRIGA DE ALUGUEL". DANOS MORAIS. INEXISTÊNCIA. 1. Hipótese em que a autora tendo realizado fertilização "in vitro" e gestação em "barriga de aluguel", em virtude das dificuldades em engravidar, pretende seja reconhecido o seu direito à licença maternidade pelo período de 180 (cento e oitenta) dias e não de 150 (cento e cinquenta) dias como deferido pela UFPE, bem como indenização por danos morais. 2. Devem ser computados aos prazos previstos nos artigos 207 e 210, da Constituição Federal, os prazos estabelecidos nos Decretos n.ºs. 6.690/2008 e 6.691/2008, resultando o benefício de 180 (cento e oitenta) dias para a mãe gestante e 150 (cento e cinquenta) dias para a mãe adotante. 3. A autora é, efetivamente, mãe biológica, não importa se a fertilização foi "in vitro" ou com "barriga de aluguel". Os filhos são sanguíneos e não adotivos. A autora faz jus à licença maternidade pelo período de 180 (cento e oitenta) dias, o que se justifica, sobretudo, por serem 03 (três) os filhos. 4. Quanto ao pedido de indenização por danos morais, conforme posicionamento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, o mero dissabor não gera o direito à indenização por danos morais. 5. "O mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige" (REsp 898.005/RN, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 19/06/2007, DJ 06/08/2007 p. 528). 6. Apelação a que se nega provimento. (TRF-5 APELAÇÃO CÍVEL Nº 534999 PE (0004161-23.2011.4.05.8300), Relator: Francisco Cavalcanti, 1ª Turma, Data de Publicação: 30-08-2012).

Recurso Ordinário nº 1046200336102000 SP (01046-2003-361-02-00-0), TRT-2, São Paulo: Relator Ricardo Artur Costa E Trigueiros, 4ª Turma, julgamento em 22/08/2006. Trata-se de Recurso Ordinário que deferiu a reintegração da reclamante, por ter definido que ela, mesmo com a perda gestacional de seu filho, faz jus à estabilidade provisória prevista no art. 10, II, b, do ADCT, dado que, como argumentou o relator:

[...] não se pode aceitar a alocação da garantia constitucional à gestante condicionada à “maternidade útil”, já que a proteção à mãe não pode deixar de existir pelo fato de a criança vir a falecer: a uma porque tal implicaria castigá-la como se tivesse falhado na missão de ser mãe, reduzindo-a, assim, à humilhante condição de reprodutora fracassada; a duas, porque a trabalhadora gestante é a destinatária direta da proteção trabalhista [...] sem embargo de se reconhecer que o nascituro é beneficiário indireto desse amparo e goza do reconhecimento de direitos desde a concepção [...].

Assim como segue:

GESTANTE. MORTE DA CRIANÇA APÓS O PARTO. DIREITO À ESTABILIDADE. O legislador constituinte explicitou a tutela jurídica à gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, nada dispondo sobre a hipótese de a criança nascer ou não com vida. A Lei 8.213/91 também elegeu o parto como marco para a concessão do salário-maternidade, não excepcionando a hipótese de morte da criança, após o parto, pelo que, esta circunstância não pode ocasionar a cessação da licença-maternidade e tampouco compromete a garantia estabilitária assegurada pelo artigo 10º,II, b, do ADCT. Se o legislador não distinguiu, não pode o intérprete fazê-lo. A instituição de benefícios e garantias da gestante em nome da "utilidade social da função materna", no dizer de André Gorz, introduz "a ideia de que a mulher pode tornar-se o equivalente de um ventre de aluguel no interesse da sociedade", o que é de todo intolerável. A maternidade não pode ser dissociada da pessoa da mãe, sob pena de concretização da visão fantasmagórica de futuro referida na literatura e cinema (vide Matrix), em que a função materna, e portanto, a matriz da vida, acabará por ser retirada da mulher e terceirizada por meio de barrigas artificiais. Tampouco se pode aceitar a alocação da garantia constitucional à gestante condicionada à "maternidade útil", i. é, "bem sucedida", já que a proteção à mãe não pode deixar de existir pelo fato de a criança vir a falecer: a uma porque tal implicaria castigá-la como se tivesse falhado na missão de ser mãe, reduzindo-a assim, à humilhante condição de reprodutora fracassada; a duas, porque a trabalhadora gestante é a destinatária direta da proteção trabalhista conferida pelo artigo 10º,II, b, do ADCT da Constituição Federal, sem embargo de se reconhecer que o nascituro é beneficiário indireto desse amparo e goza do reconhecimento de direitos desde a concepção (Código Civil, art. 2º). Recurso provido para deferir a reintegração e consequentes. (TRT-2 - RO: 1046200336102000 SP 01046-2003-361-02-00-0, Relator: RICARDO ARTUR COSTA E TRIGUEIROS, Data de Julgamento: 22/08/2006, 4ª TURMA, Data de Publicação: 01/09/2006)

Recurso extraordinário nº 1348854, STF, Brasília: Relator Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno; julgamento em 12/05/2022. Trata-se de julgamento que negou provimento ao recurso extraordinário e manteve o acórdão recorrido, sendo fixado o entendimento de que é estendida a licença-maternidade, prevista no art. 7º, inciso XVIII, da CF/88 (Brasil, 1988) e regulamentada pelo art. 207 da Lei nº 8.112/1990 (Brasil, 1990), ao pai genitor monoparental,

que se utiliza do método da “barriga de aluguel”, respeitando o art. 227 da CF (Brasil, 1988), que confere proteção integral da criança com absoluta prioridade e o princípio da paternidade responsável, como segue:

EMENTA: *RECURSO EXTRAORDINÁRIO* COM REPERCUSSÃO GERAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. GENITOR MONOPARENTAL DE CRIANÇAS GÊMEAS GERADAS POR MEIO DE TÉCNICA DE FERTILIZAÇÃO IN VITRO E GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO (“BARRIGA DE ALUGUEL”). DIREITO AO BENEFÍCIO DE SALÁRIO-MATERNIDADE PELO PRAZO DE 180 DIAS. 1. Não há previsão legal da possibilidade de o pai solteiro, que optou pelo procedimento de fertilização in vitro em “barriga de aluguel”, obter a licença-maternidade. 2. A Constituição Federal, no art. 227, estabelece com absoluta prioridade a integral proteção à criança. A ratio dos artigos 6º e 7º da CF não é só salvaguardar os direitos sociais da mulher, mas também efetivar a integral proteção ao recém-nascido. 3. O art. 226, § 5º, da Lei Fundamental estabelece que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher, não só em relação à sociedade conjugal em si, mas, sobretudo, no que tange ao cuidado, guarda e educação dos filhos menores. 4. A circunstância de as crianças terem sido geradas por meio fertilização in vitro e utilização de barriga de aluguel mostra-se irrelevante, pois, se a licença adotante é assegurada a homens e mulheres indistintamente, não há razão lógica para que a licença e o salário-maternidade não seja estendido ao homem quando do nascimento de filhos biológicos que serão criados unicamente pelo pai. Entendimento contrário afronta os princípios do melhor interesse da criança, da razoabilidade e da isonomia. 5. A Nota Informativa SEI nº 398/2022/ME, e Nota Técnica SEI nº 18585/2021/ME, emitidas pela Secretaria de Gestão e Desempenho de Pessoal do Ministério da Economia, trazidas aos autos pelo INSS, informam que “‘em consonância com a proteção integral da criança’, a Administração Pública federal reconhece ‘o direito, equivalente ao prazo da licença à gestante a uma das pessoas presentes na filiação, independente de gênero e estado civil, desde que ausente a parturiente na composição familiar do servidor’”. 6. As informações constantes nas aludidas Notas emitidas pelo Ministério da Economia apenas confirmam que o entendimento exposto no voto acompanha a compreensão que esta CORTE tem reiteradamente afirmado nas questões relativas à proteção da criança e do adolescente, para os quais a atenção e o cuidado parentais são indispensáveis para o desenvolvimento saudável e seguro. 7. *Recurso Extraordinário* a que se nega provimento. Fixada, para fins de repercussão geral, a seguinte tese ao Tema 1182: “À luz do art. 227 da CF que confere proteção integral da criança com absoluta prioridade, bem como do princípio da isonomia de direitos entre o homem e a mulher (art. 5º, I, CF), a licença maternidade, prevista no art. 7º, XVIII, da CF/88, e regulamentada pelo art. 207 da Lei 8.112/1990, estende-se ao pai, genitor monoparental, servidor público.”

O caso diz respeito a um pai de crianças gêmeas geradas através do procedimento de fertilização *in vitro* e utilização de “barriga de aluguel”, com projeto familiar monoparental, que requereu administrativamente a concessão de licença-maternidade, por 180 (cento e oitenta) dias, dado que é servidor público. Contudo, o pleito foi indeferido sob o argumento de falta de previsão no artigo 7º, inciso XVIII, CF/1988 (Brasil, 1988) c/c artigos 102, VIII, “a”; 185, I, “e”; e 207, da Lei 8.112/1990 (Brasil, 1990).

O autor, na ação originária, destaca que não há no ordenamento jurídico brasileiro, nas hipóteses de inseminação artificial, a permissão para que o pai usufrua da licença-maternidade.

Todavia, defende que, como a Lei 12.873/2013 (Brasil, 2013) admite que os pais adotivos gozem desse direito, por analogia, essa previsão deve ser estendida ao seu caso, tendo em vista que o objetivo do benefício é assegurar proteção integral aos recém-nascidos.

O juízo *a quo* julgou procedente o pedido para reconhecer ao autor o direito ao benefício da licença maternidade, aos fundamentos de que, apesar de o pedido administrativo de concessão do benefício ter sido indeferido, sob a alegação de ausência de previsão legal, nos termos do artigo 7º, XVIII, da Constituição Federal (Brasil, 1988), bem como do art. 207 do Lei 8.112/1990 (Brasil, 1990), no caso dos autos, a situação do autor se assemelha ao falecimento da mãe, uma vez que as crianças serão cuidadas exclusivamente pelo pai, em país distante. Logo, faz jus ao reconhecimento, por analogia à Lei nº 12.873/2013 (Brasil, 2013), o direito à concessão de salário-maternidade e da licença-maternidade.

Ademais, argumentou que os objetivos da licença são a proteção da criança, garantia do convívio do recém-nascido com o seu genitor nos primeiros estágios da vida em família, e o fortalecimento dos vínculos afetivos, e essas finalidades não se alteram mesmo em caso de adoção ou produção independente de filhos.

Outrossim, durante o trâmite do processo, o INSS, parte contrária, juntou aos autos Nota Informativa SEI nº 398/2022/ME na qual dispõe que: “em consonância com a proteção integral da criança, a Administração Pública federal reconhece o direito, equivalente ao prazo da licença à gestante a uma das pessoas presentes na filiação, independente de gênero e estado civil, desde que ausente parturiente na composição familiar do servidor”.

O relator, Alexandre de Moraes, ainda expôs que: “a circunstância de as crianças terem sido geradas por meio fertilização *in vitro* e utilização de “barriga de aluguel” mostra-se irrelevante, pois, se a licença adotante é assegurada a homens e mulheres indistintamente, não há razão lógica para que a licença e o salário-maternidade não sejam estendidos ao homem quando do nascimento de filhos biológicos que serão criados unicamente pelo pai”.

Dessa forma, percebe-se que os juízes entendem que os direitos relacionados à gestante, licença-maternidade, salário-maternidade e estabilidade provisória, majoritariamente, possuem, em suma, a finalidade de proteger o nascituro e a constituição da família, não somente aquela, quando expressam em suas decisões que:

“a estabilidade (...) visa à proteção da família e, especialmente, da criança, não se tratando, portanto, de um benefício concedido à mãe”, “(...) a licença-maternidade é promovida para suprir uma necessidade imediata da criança, cujo bom desenvolvimento físico e mental depende da atenção que lhe é dada (...)”, “(...) sem embargo de se reconhecer que o nascituro é beneficiário indireto desse amparo e goza do reconhecimento de direitos desde a concepção.”, “os objetivos da licença são a

proteção da criança, garantia do convívio do recém-nascido com o seu genitor nos primeiros estágios da vida em família, e o fortalecimento dos vínculos afetivos, e essas finalidades não se alteram mesmo em caso de adoção ou produção independente de filhos.”

Nesse sentido, é colocado como tema central que a não concessão dos direitos estaria por desproteger o nascituro, nos primeiros momentos de vida tão essenciais para o seu desenvolvimento e, à criança ou adolescente que necessitam do convívio com seus pais adotivos, desde logo para possibilitar uma adaptação tranquila e efetiva. Ou seja, as garantias têm a finalidade para além daquela que gesta e adota.

Nesse sentido, quando os direitos são assegurados apenas àquelas mulheres que gestam e são mães biológicas ao mesmo tempo, faz-se uma clara distinção entre os filhos biológicos, de reprodução humana sexuada e os filhos adotivos e/ou advindos da prática da maternidade substitutiva, violando o art. 1.596 do CC (Brasil, 2002) e art. 20º do ECA (Brasil, 1990), no qual prevê que: “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Além disso, quando não houver expressa disposição em lei sobre os sujeitos que merecem usufruir das garantias supracitadas, não se deve, conforme jurisprudência, fazer uma interpretação restritiva, para não violar o princípio da igualdade e a finalidade do direito em questão, o bem-estar da criança, devendo se utilizar da analogia para integração normativa pretendida.

Desse modo, sempre que o ordenamento jurídico dispuser, expressamente, um direito relacionado à gestante, como a estabilidade, deve ser levado em consideração a finalidade de proteção da maternidade e da infância para os pais intencionais que cuidarão da criança/adolescente. Ademais, quando a legislação expressar que só irá conceder os direitos para aqueles que vão cuidar e criar a criança, como licença-maternidade e salário-maternidade, devem ser analisadas as necessidades com relação a mulher que passou pelas transformações da gestação e parto.

Não há, então, possibilidade de desvincular as duas finalidades, proteção da criança e da maternidade e proteção da gestante, ou seja, uma mulher pode vir a fazer jus das duas, como a mãe biológica e gestante, ou um sujeito pode vir a fazer jus a uma ou a outra, como no caso da mãe e pais biológicos e intencionais. Ocorre que, não se deve impor o preenchimento das duas finalidades como condição para gozar do direito, sob pena de violar os princípios citados

ao longo do trabalho, como o livre planejamento familiar, a proteção à maternidade, à infância, a igualdade, entre outros.

4.3 Da Política Nacional de Julgamento com Perspectiva de Gênero

Com enfoque em tudo o que foi exposto e analisado, ao contrário do Poder Legislativo que se mostra inerte e incapaz de produzir regulamentação para situações fáticas na velocidade que requer as mudanças sociais, o Poder Judiciário manifesta preocupação em dirimir esses conflitos, já que de qualquer forma a questão irá recair para o Estado-Juiz solucionar. Nesse sentido, como foi relatado, nos casos de ausência normativa sobre o tema da maternidade de substituição e os direitos trabalhistas acerca dos sujeitos envolvidos na prática, as decisões dos magistrados procuram integrar a lacuna através do uso de analogia e/ou interpretação extensiva.

Além disso, mais uma forma capaz de dar soluções para questões não regulamentadas que afetam, principalmente, a mulher, é o julgamento com perspectiva de gênero, técnica que mostra a intenção do judiciário brasileiro em dirimir as diferenças entre os gêneros na sociedade. Dado que, apesar da situação que não tem legislação se encaminhar para o Estado-Juiz resolver, faz-se necessário um olhar diferenciado, capaz de dar equidade nas decisões, tendo em vista que o sistema é composto, majoritariamente, por homens.

Conforme explica Maria Teresa de Almeida (2017), o discurso judiciário não é alheio ao tratamento diferenciado e hierarquizado presente na sociedade com relação ao homem e à mulher, apesar do Direito tratar da realidade social, regulamentando-o, ele está influenciado pelas ideias, preconceitos e estereótipos relativo à mulher e seu papel social e, quem o aplica está imerso na mesma realidade.

Em síntese, julgar com perspectiva de gênero é aplicar o direito repudiando e rejeitando a utilização de quaisquer ideais feitos, estereótipos ou preconceitos sobre qual seja ou deva ser o papel social de mulheres e homens (Almeida, 2017). Nesse sentido, não é sempre quando fizer parte uma mulher, do caso concreto, que deve ser julgado com perspectiva de gênero, mas sim quando houver uma relação assimétrica de poder, uma situação de desigualdade, devendo ser julgado sem estereótipos e preconceitos e analisando se as normas jurídicas aplicáveis à situação estão em conformidade com o imperativo constitucional de promoção da igualdade.

Dessa maneira, foi elaborado um Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, conforme a Resolução 492 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), como segue:

Art. 1º Para a adoção de Perspectiva de Gênero nos julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário, ficam estabelecidas as diretrizes constantes do protocolo aprovado pelo Grupo de Trabalho constituído pela Portaria CNJ n. 27/2021.

Art. 2º Os tribunais, em colaboração com as escolas da magistratura, promoverão cursos de formação inicial e formação continuada que incluam, obrigatoriamente, os conteúdos relativos aos direitos humanos, gênero, raça e etnia, conforme as diretrizes previstas no Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, os quais deverão ser disponibilizados com periodicidade mínima anual.

§1º A capacitação de magistradas e magistrados nas temáticas relacionadas a direitos humanos, gênero, raça e etnia, conforme artigo anterior, constará nos regulamentos para concessão do Prêmio CNJ de Qualidade.

§2º Os tribunais providenciarão meios para facilitar o acesso ao Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero ao público interno e externo mediante QRCode, card eletrônico, link ou outro recurso de comunicação social nas dependências do tribunal, no sítio do tribunal e na sua intranet, tornando-o uma ferramenta de consulta para as unidades judiciárias, operadores e operadoras do direito e auxiliares do juízo.

Art. 3º Fica instituído, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, o Comitê de Acompanhamento e Capacitação sobre Julgamento com Perspectiva de Gênero no Poder Judiciário, em caráter nacional e permanente. Art. 4º Caberá ao Comitê:

I – acompanhar o cumprimento da presente Resolução;

II – elaborar estudos e propor medidas concretas de aperfeiçoamento do sistema de justiça quanto às causas que envolvam direitos humanos, gênero, raça e etnia, em perspectiva interseccional.

III – organizar fóruns permanentes anuais de sensibilização sobre o julgamento com perspectiva de gênero nos órgãos do Poder Judiciário, com a participação de outros segmentos do poder público e da sociedade civil, para a discussão de temas relacionados com as atividades do Comitê;

IV – realizar cooperação interinstitucional, dentro dos limites de sua finalidade, com entidades de natureza jurídica e social do país e do exterior que atuam na referida temática;

V – realizar reuniões periódicas ordinárias, ou extraordinárias, sempre que for necessário, para a condução dos trabalhos do Comitê;

VI – solicitar a cooperação judicial com tribunais e outras instituições;

VII – participar de eventos promovidos por entes públicos ou entidades privadas sobre temas relacionados aos objetivos do Comitê;

Art. 5º O Comitê será coordenado por um Conselheiro ou Conselheira do Conselho Nacional de Justiça, assegurada a participação de representantes da Justiça Estadual, Federal, do Trabalho, Eleitoral e Militar, Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam), Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (Enamat), Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), assim como de representantes da academia e da sociedade civil. Parágrafo primeiro. A composição do Comitê observará a pluralidade de gênero e raça, bem como, na medida do possível, a participação de integrantes que expressem a diversidade presente na sociedade nacional.

Art. 6º Alterar o art. 3º da Resolução CNJ n. 255/2018, que passa a apresentar a seguinte redação: "Art. 3º A Política de que trata esta Resolução deverá ser implementada pelo Conselho Nacional de Justiça por meio do Comitê de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário, responsável pela elaboração de estudos, análise de cenários, diálogo com os tribunais e proposições concretas para a ampliação da representação feminina, sob a supervisão de Conselheiro ou Conselheira e de Juiz ou Juíza Auxiliar da Presidência do Conselho Nacional de Justiça, indicados pela sua Presidência. Parágrafo único. O Comitê de Acompanhamento e Capacitação sobre Julgamento com Perspectiva de Gênero no Poder Judiciário e o Comitê de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário atuarão de forma articulada."

Art. 7º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Nesse sentido, o protocolo se utilizou dos princípios da igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, I, da CF/88), igualdade de gênero, das obrigações assumidas em Convenções para eliminar formas de discriminação contra a mulher, e os deveres de conscientização dos atores do sistema da justiça a respeito da violência de gênero para tentar dirimir as diferenças sofrida entre gênero.

Na Resolução foi determinada a criação do Comitê de Acompanhamento e Capacitação sobre Julgamento com Perspectiva de Gênero no Poder Judiciário, que tem como objetivo acompanhar o cumprimento da resolução, elaborar estudos e propor medidas de aperfeiçoamento do sistema de justiça quanto às causas relacionadas a direitos humanos, gênero, raça e etnia (Brasil, 2023).

Ademais, entre as obrigações dos representantes estão: a) organizar fóruns permanentes de sensibilização sobre o julgamento com perspectiva de gênero nos órgãos do Poder Judiciário; b) solicitar cooperação judicial com tribunais e outras instituições; e c) participar de eventos promovidos por entes públicos ou entidade privadas sobre temas relacionados aos objetivos do comitê (Brasil, 2023).

Por fim, temos que esse instrumento metodológico, criado pelo Poder Judiciário, auxilia no julgamento de casos, nos quais há a presença da figura feminina em um dos polos, e, tem o objetivo de diminuir a violência sofrida pela mulher, quando essa recorre ao Estado-Juiz e aumentar a participação dela no sistema, como forma de dirimir a discriminação de gênero e concretizar a igualdade prevista constitucionalmente.

Nesse sentido, como a ausência de legislação concernente à gestão de substituição acarreta numa desigualdade de gênero, visto que a prática envolve sempre a figura de mulheres, e essa omissão causa insegurança jurídica, o sistema judicial revela-se preocupado em dirimir essas desigualdades, ao elaborar medidas que auxiliam e embasam a resolução desses conflitos, levando em conta a perspectiva de gênero.

5 CONCLUSÃO

A pesquisa científica abordou a questão da incidência da prática da gestação de substituição no âmbito do direito trabalhista, mais especificamente sobre a disposição acerca das garantias, licença-maternidade, salário-maternidade e estabilidade provisória ligadas aos sujeitos recorrentes da referida prática. Essa, por sua vez, é considerada como uma das técnicas de reprodução humana assistida, capaz de viabilizar, principalmente, o projeto parental de mulheres que possuem problemas de infertilidade e esterilidade, de casais homoafetivos e de pessoas que buscam o modelo de família monoparental, aquela composta por apenas um genitor. A maternidade de substituição é o método, no qual, uma mulher cede, temporariamente, seu útero para gestar o filho de outrem, e após o parto o entrega para os pais biológicos, aqueles responsáveis pelo material genético.

Neste trabalho, a autora buscou evidenciar que, com relação ao tema da reprodução assistida, não há, no ordenamento jurídico, lei ordinária para sua normatização, e a única regulamentação existente são as Resoluções editadas pelo Conselho Federal de Medicina, autarquia federal, que possuem caráter deontológico, ou seja, normas éticas endereçadas a classe médica, não possuindo coercitividade jurídica, mas que servem de fonte ante a omissão legislativa. Além disso, como explicado no capítulo um, a autarquia não possui Poder Normativo e, nesse sentido, extrapola os limites de sua competência ao normatizar a matéria, quando no caso da gestação de substituição põe algumas condições para prática, como a obrigatoriedade da doadora temporária de útero pertencer à família de um dos pais biológicos e já possuir pelo menos um filho e a proibição de seu caráter lucrativo, resultando numa clara violação ao direito fundamental do livre planejamento familiar (art. 226, §7º, da CF/88).

Num primeiro momento foram analisados os motivos para que o tema da reprodução assistida, principalmente, da maternidade substitutiva não tenha, ainda, ganhado produção legislativa. Chegou-se à conclusão que entre outros motivos, estão: I) a presença de uma bancada conservadora e religiosa, que enxerga essa evolução da engenharia genética como uma forma de usurpar a função reprodutiva humana, resultado de escolhas divinas; II) a falta de participação popular na intenção de incentivar e cobrar a produção da lei, devido também ao desconhecimento e a atecnicidade dos indivíduos; III) o comodismo do Congresso Nacional em se aproveitar da existência das resoluções do CFM; IV) e a baixa representatividade feminina em espaços importantes para tomada de decisões, como no Poder Legislativo.

Uma das implicações com relação a ausência de lei ordinária é a insegurança jurídica causada àqueles indivíduos que aderem ou querem aderir à prática, principalmente, porque

impede o gozo de alguns direitos ligados à figura feminina, como os direitos trabalhistas, licença-maternidade, salário-maternidade e estabilidade provisória, já que o método sempre irá envolver, pelo menos, duas mulheres, uma doadora do ovário e/ou mãe biológica e a doadora temporária do útero, resultando também, como consequência da omissão legislativa, uma discriminação da mulher no mercado de trabalho.

No segundo momento desta pesquisa abordou-se, em uma simples linha do tempo, os direitos conquistados pelas mulheres ao decorrer de sua caminhada no mercado de trabalho, além disso, foram expostos aqueles que são previstos, atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro e citadas algumas extensões da regulamentação, produzidas ao longo das evoluções e necessidades sociais. Foram demonstrados os fundamentos e as finalidades, nos âmbitos jurídico e médico, da licença-maternidade, do salário-maternidade e da estabilidade provisória, assim como, a divergência doutrinária sobre como se dá a aplicação e quem são os sujeitos ligados à prática da gestação de substituição que fazem jus a concessão desses direitos.

Com o fruto da análise de doutrina, jurisprudência e legislação conclui-se que, em síntese, há uma dupla finalidade, existente e em comum aos referidos direitos: a proteção da continuidade do contrato de trabalho da mulher gestante com o intuito de resguardar tempo para sua recuperação e o período necessário para os cuidados iniciais com o recém-nascido ou criança e adolescente. Nesse sentido, os fundamentos estão ligados ao direito social de proteção da maternidade e da infância, não somente da gestação (art. 6º da CF/88).

Por conseguinte, foi verificado quais seriam as soluções para a concessão dos direitos mencionados aos sujeitos envolvidos na prática da gestação de substituição. Desse modo, para as garantias da licença-maternidade e do salário-maternidade, que estão extremamente interligados, o resultado chegado foi a integração da lacuna legislativa através da aplicação de analogia, prevista no art. 4º da LINDB, que consiste na incidência de norma que regula um caso semelhante àquele que não possui normatização.

Nesse sentido, infere-se que deve ser aplicada a norma com relação à adoção, prevista no art. 71-A da Lei 8.213/1991, o qual dispõe que é possível conceder o salário-maternidade, consequentemente, a licença-maternidade, à mãe biológica que põe seu filho para a adoção e ao pai ou à mãe adotivos, quando for casal, heterossexual ou homoafetivo, deverá ser feita a escolha de quem irá usufruir das garantias. O exemplo, em tese, se amolda ao caso dos sujeitos envolvidos na prática da gestação de substituição, pois a mãe biológica exerce papel semelhante à gestante doadora temporária do útero e os adotantes seriam os pais biológicos e intencionais.

Já com relação à estabilidade não há caso semelhante que sirva de parâmetro e se assemelhe, dado que não há previsão para os adotantes usufruírem da garantia, restando apenas

a gestante. Contudo, foi esclarecido, no terceiro momento do trabalho, que a solução encontrada é a realização de uma interpretação extensiva, com a intenção de ampliar os sujeitos objetos do direito, tendo em vista a finalidade dupla dele, que é a continuidade do contrato de trabalho da mulher gestante com o intuito de resguardar tempo para sua recuperação e a proteção e cuidados com o bem-estar do bebê na sua fase inicial. Inclusive, como foi apresentado, a jurisprudência é firme em argumentar nesse sentido, qual seja, que a função da estabilidade é para além da figura da mulher gestante, não podendo esse direito ficar limitado àquela que gesta e é mãe biológica ao mesmo tempo, pois esse projeto familiar não é o único atualmente.

Por fim, conclui-se que mesmo que o Poder Judiciário se mostre disposto a resolver os conflitos, conforme alternativas previstas no próprio ordenamento jurídico, devidos à falta de regulamentação, deve haver a produção dessas leis com um trabalho em conjunto entre o Poder Legislativo e o Conselho Federal de Medicina, tendo em vista que o primeiro tem a competência para elaborar a normatização da matéria, já que é atribuição da União legislar sobre Direito Civil, e o segundo tem a técnica, dado que o assunto específico remete a questões médicas e de engenharia genética.

Além disso, adverte-se que deve ser elaborada uma lei ordinária que autorize a prática da maternidade de substituição, dado que do contrário, uma lei proibitiva, estaria violando cláusula pétrea, uma vez que o livre planejamento familiar é um direito fundamental (art. 226, § 7º, da CF/88), decretando sua inconstitucionalidade desde o princípio.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Teresa Féria de. **Julgar com perspectiva de gênero (?)**. JULGAR online, novembro de 2017. Disponível em: <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2017/11/20171109-ARTIGO-JULGAR-Julgar-com-uma-perspetiva-de-g%C3%A9nero-Teresa-F%C3%A9ria.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2023.

ALVARENGA, Bruno Henrique Andrade. **Reprodução humana assistida: aspectos jurídicos na seleção pré-implantacional de embriões**. 1. ed. Curitiba. Appris, 2020.

AMADO, Frederico. **Curso de Direito e Processo Previdenciário**. 12. ed. Salvador. JusPodivm, 2020.

ARAÚJO, Débora Medeiros Teixeira de. **O contrato internacional de gestação por substituição e sua eficácia no ordenamento jurídico brasileiro**. 122f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/bitstream/123456789/27803/1/Contratointernacionalgesta%c3%a7%c3%a3o_Araujo_2019.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2023.

BRASIL. **Ato das Disposições Constitucionais Transitórias**. Art. 10. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/atividade/const/con1988/ADC1988_08.09.2016/art_10_.asp>. Acesso em: 08 jul. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Justificativa de Projeto de lei. **PL 809/1991**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=34671860573DA42DD6E233C65A454430.proposicoesWebExterno2?codteor=1144316&filename=Dossie+-PL+809/1991>. Acesso em: 20 ago. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Justificativa de Projeto de lei. **PL 1645/1991**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1144490&filename=Dossie+-PL+1645/1991>. Acesso em: 20 ago. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de lei. **PL 2855/1997**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/18719>>. Acesso em: 20 ago. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de lei. **PL 1737/1991**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1141638&filename=Dossie+-PL+1737/1991>. Acesso em: 20 ago. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de lei. **PL 3638/1993**. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD30MAR1993.pdf#page=35>>. Acesso em: 20 ago. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de lei. **PL 6296/2002**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1281277&filenome=PL+6296/2002>. Acesso em: 20 ago. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de lei. **PL 1135/2003**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=136097&filenome=PL+1135/2003>. Acesso em: 20 ago. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de lei. **PL 1184/2003**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=137589&filenome=PL+1184/2003>. Acesso em: 20 ago. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de lei. **PL 2061/2003**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=166567&filenome=PL+2061/2003>. Acesso em: 20 ago. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de lei. **PL 4892/2012**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A61C326BD8AE11A349044D150C750ACF.proposicoesWebExterno1?codteor=1051906&filename=PL+4892/2012>. Acesso em: 20 ago. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de lei. **PL 115/2015**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1296985&filenome=PL+115/2015>. Acesso em: 20 ago. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 492, de 17 de março de 2023**. Estabelece, para adoção de Perspectiva de Gênero nos julgamentos em todo o Poder Judiciário, as diretrizes do protocolo aprovado pelo Grupo de Trabalho constituído pela Portaria CNJ n. 27/2021, institui obrigatoriedade de capacitação de magistrados e magistradas, relacionada a direitos humanos, gênero, raça e etnia, em perspectiva interseccional, e cria o Comitê de Acompanhamento e Capacitação sobre Julgamento com Perspectiva de Gênero no Poder Judiciário e o Comitê de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário. Brasília, DF: Portal da Legislação, 2023. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/files/original144414202303206418713e177b3.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 ago. 2023.

BRASIL. **Constituição (1934)**. **Lex: Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**. Rio de Janeiro, 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm> Acesso em: 30 jul. 2023.

BRASIL. **Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro, 1946. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm> Acesso em: 30 jul. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.** Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Brasília, DF: Portal da Legislação, 1967. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>. Acesso em 25 ago. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de introdução às normas do direito brasileiro. Brasília, DF: Portal da Legislação, 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 10 jul. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943.** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Portal da Legislação, 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 10 jul. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 6.690, de 11 de dezembro de 2008.** Institui o Programa de Prorrogação da Licença à Gestante e à Adotante, estabelece os critérios de adesão ao Programa e dá outras providências. Brasília, DF: Portal da Legislação, 2008. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6690.htm. Acesso em 11 ago. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 58.820, de 14 de julho de 1966.** Promulga a Convenção nº 103 sobre proteção à maternidade. Brasília, DF: Portal da Legislação, 1966. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D58820.htm>. Acesso em: 20 jul. 2023.

BRASIL. **Lei Complementar nº 146, de 25 de junho de 2014.** Estende a estabilidade provisória prevista na alínea b do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias à trabalhadora gestante, nos casos de morte desta, a quem detiver a guarda de seu filho. Brasília, DF: Portal da Legislação, 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp146.htm>. Acesso em: 20 jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957.** Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências. Brasília, DF: Portal da Legislação, 1957. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3268.htm>. Acesso em: 25 ago.2023.

BRASIL. **Lei nº 6.136, de 7 de novembro de 1974.** Inclui o salário-maternidade entre as prestações da Previdência Social. Brasília, DF: Portal da Legislação, 1974. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6136.htm>. Acesso em: 20 jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.069/1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Portal da Legislação, 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 11 ago. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.** Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília, DF, 1991. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm>. Acesso em: 20 jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 20 jul. 2023. Não paginado.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Portal da Legislação, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 25 jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008.** Cria o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal, e altera a Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991. Brasília, DF: Portal da Legislação, 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111770.htm>. Acesso em: 20 jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009.** Dispõe sobre adoção; altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. Brasília, DF: Portal da Legislação, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm>. Acesso em: 20 jul. 2023.

BRASIL. **Lei 12.873, de 24 de outubro de 2013.** Conversão da Medida provisória 619, de 06 de junho de 2013. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2013. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/L12873.htm> Acesso em: 20 jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.105/2015.** Institui o Novo Código de Processo Civil, Brasília, DF: Portal da Legislação, 2015. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 11 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário.** Relator: Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, 12 de maio de 2022. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1670588554>>. Acesso em: 30 jul. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª região. **Recurso Ordinário.** Relator: Ricardo Artur Costa E Trigueiros, 4ª Turma, 22 de agosto de 2006. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trt-2/15861683>>. Acesso em: 30 jul. 2023.

BRASIL. 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-remnecciv-50010852620184036000-ms>>. Acesso em: 11 ago. 2023.

BRASIL. 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: 11 ago. 2023.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 244**. Gestante. Estabilidade provisória. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-244>. Acesso em: 02 jul. 2023.

CARVALHO, Helena. A ausência de regulamentação da gestação de substituição no Brasil. **Revista Vianna Sapiens**, 13(2), 28, 2022. Disponível em: <<https://doi.org/10.31994/rvs.v13i2.905>>. Acesso em: 11 ago. 2023.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.358, de 19 de novembro de 1992**. Brasília, DF, 1992. Disponível em: <<https://www legisweb.com.br/legislacao/?id=112446>> Acesso em: 02 ago. 2023.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.957, de 06 de janeiro de 2011**. Brasília, DF, 2011. Disponível em: <<https://www legisweb.com.br/legislacao/?id=112446>> Acesso em: 02 ago. 2023.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.013, de 16 de abril de 2013**. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2015/2121_2015.pdf> Acesso em: 02 ago. 2023.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.121, de 24 de setembro de 2015**. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2015/2121_2015.pdf> Acesso em: 02 ago. 2023.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.168, de 10 de novembro de 2017**. Brasília, DF, 2017. Disponível em: <<https://www legisweb.com.br/legislacao/?id=352362>> Acesso em: 02 ago. 2023.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.294, de 20 de setembro de 2021**. Brasília, DF, 2021. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2021/2294_2021.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2023.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.320, de 27 de maio de 2022**. Brasília, DF, 2022. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2022/2320_2022.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2023.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 18. ed. São Paulo, LTr Editora, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2020.

FARIAS, Cristiano de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 17. ed. Ver., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

FAÚNDES, Aníbal; CECATTI, José Guilherme. A operação cesárea no Brasil. Incidência, tendências, causas, consequências e propostas de ação. **Cadernos de Saúde Pública**, 7(2), p. 150-173. Abril, 1991. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/csp/a/9xcHKxSZG77NTjTZqCG6zmy/?format=pdf&lang=pt>> Acesso em: 11 ago. 2023.

GONÇALVES, Artur Pessoa. **Os Limites e os Padrões das Atividades Normativas do Conselho Federal de Medicina em Temas Jurídico-Morais Sensíveis no Estado Constitucional Brasileiro**. 2012. Disponível em: <https://www.puc-rio.br/ensinopesq/ccpg/pibic/relatorio_resumo2013/resumos_pdf/ccs/DIR/JUR-2696_Artur%20Pessoa%20Gon%C3%A7alves.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2023.

GRAZIUSO, Bruna Kern. **Gestação de substituição no Brasil e nos Estados Unidos: regulamentações e práticas de casos nacionais e transnacionais**. 2017. 223 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade La Salle, Canoas, 2017 Disponível em: <http://hdl.handle.net/11690/838>. Acesso em: 11 ago. 2023.

LIMA, Jéssica Maria Rodrigues de. **A sub-representação das mulheres nos espaços de política formal como obstáculo à concretização do estado democrático de direito na modernidade periférica**. 87 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2021.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: volume 5: famílias**. 8. ed. São Paulo, Saraiva Educação, 2018.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 39. ed. São Paulo, SaraivaJur, 2023.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo. Malheiros Editores, 2015.

OIT. **Convenção n. 03 relativa ao emprego das mulheres antes e depois do parto.** Brasília: OIT, 1934. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_234869/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 11 ago. 2023.

OIT. **Convenção n.102 sobre normas mínimas da seguridade social.** Brasília: OIT, 1952. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235192/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 11 ago. 2023.

OIT. **Convenção n. 127 sobre peso máximo das cargas.** Brasília: OIT, 1967. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235578/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 11 ago. 2023.

OLIVEIRA, A. H. de. Bioética e concepções religiosas. **Revista de Estudos Universitários - REU**, Sorocaba, SP, v. 33, n. 2, 2013. Disponível em: <<https://periodicos.uniso.br/reu/article/view/1491>>. Acesso em: 11 ago. 2023.

RIBEIRO, Andressa de Paula Bezerra Nogueira. **Gestante e estabilidade no trabalho.** 2021. 27 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2021. Disponível em: <<https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/32931/1/GestanteEstabilidadeTrabalho.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2023.

SÃO PAULO. **Lei nº. 1.596, de 29 de dezembro de 1917.** Reorganiza o Serviço Sanitário do Estado. Estado de São Paulo. 1917. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1917/lei-1596-29.12.1917.html>> Acesso em: 11 ago. 2023.

SELL, Sandra Elisa; BERESFORD, Priscilli Carvalho; DIAS, Heloisa Helena; GARCIA, Olga Regina; SANTOS, Evanguelia. **Olhares e saberes: vivências de puérperas e equipe de enfermagem frente à dor pós-cesariana.** 2012. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/tce/a/vfLBvpFr3Jnw8VgvSBc5k3y/?lang=pt#>>. Acesso em: 11 ago. 2023.

SILVA, Flávia Alessandra Naves. Gestação de substituição: direito a ter um filho. **Revista ciências jurídicas e sociais – UNG**, 2011. Disponível em: <<http://revistas.ung.br/index.php/cienciasjuridicasesociais/article/view/914/894>>. Acesso em: 11 ago. 2023.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **CLT comentada.** 2. ed. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2018.

SOUZA, Marise Cunha de. As técnicas de reprodução assistida. A barriga de aluguel. A definição da maternidade e da paternidade. Bioética. **Revista da EMERJ**, v. 13, nº 50, 2010. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50_348.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2023.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil. Lei de introdução e parte geral**. 17. ed. São Paulo, Forense, 2021.

TAROUCO, Gabriela da Silva; MADEIRA, Rafael Machado. Esquerda e direita no sistema partidário brasileiro: análise de conteúdo de documentos programáticos. **Revista Debates**, 7(2), 93–114, 2013. Disponível em: <<https://doi.org/10.22456/1982-5269.38573>>. Acesso em: 11 ago. 2023.

TOLEDO, Ricardo Fonte; NUNES, Flávio Filgueira. **Gestação por substituição e a concessão do salário-maternidade, quem detém a titularidade se não há regulamentação específica**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2020. Disponível em: <<https://dspace.doctum.edu.br/bitstream/123456789/3499/1/Ricardo%20Fontes%20Toledo.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2023.

VERAS, Vinícius Périssé Maia. O estado atual da regulamentação da gestação de substituição: um olhar sobre a atividade legislativa do congresso nacional, p. 172-192. In: **Anais do I Encontro Nacional de Biodireito: biotecnologia e relações familiares**. São Paulo: Blucher, 2020. ISSN 2359-2990, DOI 10.5151/ienbio-2019-ENBIO-GT-11. Disponível em: <<https://pdf.blucher.com.br/socialsciencesproceedings/ienbio/2019-ENBIO-GT-11.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2023.